

340.0943
J198

v.13

BOOK 340.0943.J198 v.13 c.1
JAHRBUCH DES DEUTSCHEN RECHTES #
NTER MITWIRKUNG ZAHLREICHER



3 9153 00104055 1

S
SACK
JURISTISCHE
BUCHHANDLUNG
BERLIN·W35
POTSDAMER-STR. 112

UNGÜLTIG

Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Rechtsanwalt am Kammergericht, und Dr. Th. v. Olshausen, Kaiserl. Regierungsrat,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann, †
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht u. Notar.

---

13. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1915 umfassend).



Berlin, 1915.
Verlag von Franz Vahlen.
W 9, Linkstraße 16.

340.0943
J198
v. 13

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

5/12/67

In stolzer schwerer Zeit, da das deutsche Schwert das Vaterland gegen eine Welt von Feinden verteidigt und deutsche Volkskraft sich unter dem Schutze des deutschen Rechtes herrlich bewährt, hat das Jahrbuch seinen Führer verloren. Nach zwölfjähriger rastloser Arbeit an seinem Lebenswerk ist Hugo Neumann am 18. Februar dieses Jahres unerwartet aus dem Leben geschieden. Seine Berichte zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Gruchots Beiträgen hatten seinerzeit sich schnell viele Freunde erworben. Es zeigte sich, daß diese Art der Berichterstattung einem praktischen Bedürfnis entsprach. Mit weitausschauendem Blicke baute Neumann auf dieser Grundlage weiter. Bald wurde sein Werk für die Erforschung und Anwendung des deutschen Rechtes von anerkannter Bedeutung. Mit Neumann ist einer der eifrigsten Förderer des deutschen Rechtsgedankens und zugleich ein glänzendes organisatorisches Talent dahingegangen. Das Jahrbuch, das seinen Namen auch in Zukunft tragen soll, wird die Erinnerung an den, der es erdacht und mit sicherer Hand über ein Jahrzehnt geleitet hat, für alle Zeit wach erhalten.

Herrn Dr. Arthur Brückmann stattet der Verlag für seine langjährige Mitwirkung bei der Herausgabe des Jahrbuchs seinen Dank ab.

Vom 14. Jahrgang ab übernehmen die Schriftleitung der Kammergerichtsrat Dr. Schlegelberger und der Regierungsrat Dr. v. Olshausen.

Die Schriftleitung und der Verlag.

Mitarbeiter des dreizehnten Jahrganges.

Boschan, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch IV (mit Ausnahme vom Ehelichen Güterrechte) sowie Buch V und Teile des EG.;

Dr. **Arne Georg Cohn**, Rechtsanwalt in Berlin: BGB. §§ 783—872, 903—924, 929—1011;

Dr. **Eyck**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: Wettbewerbsgesetz;

Dr. **Güthe**, Geh. Justizrat und vortr. Rat im Kgl. Pr. Justizministerium in Berlin: BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht, Nießbrauch, Pfandrecht. Grundbuchordnung;

Heidenfeld, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: HGB. Buch I u. §§ 343—406. Teile des EGBGB. Scheckgesetz. Wechselordnung;

Hoepfel, Landgerichtsdirektor in Nürnberg: BGB. §§ 705—758; HGB. Buch II; Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz;

Dr. **Eugen Josef**, Rechtsanwalt und Notar a. D. in Freiburg i. Br.: Freiwillige Gerichtsbarkeit;

Dr. **Leander**, Rechtsanwalt in Berlin: Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutz;

Dr. **Levin**, Amtsgerichtsrat in Berlin: BGB. Buch I; ZPO. Buch VIII—X;

Dr. **von Olshausen**, Kaiserl. Regierungsrat in Berlin: BGB. §§ 433—597; HGB. §§ 407—473;

Dr. **Paul Pinner**, Rechtsanwalt in Berlin: GVG.; ZPO. Buch I—VII.

Dr. **Philipsborn**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: Börsengesetz;

Dr. **Schaps**, Oberlandesgerichtsrat in Hamburg: HGB. Buch IV; Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Dr. **Schlegelberger**, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch II §§ 241—432, §§ 598 bis 704, 759—782;

Zelter, Justizrat, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht.

Inhaltsverzeichnis.

Nachweis der in den Jahrgängen 1—13 bearbeiteten Gesetze.

	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.	10.	11.	12.	13.
BGB. nebst EG . .	1 u. 2 1	1 1	1 1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
GVG. und ZPO. . .	3 1	—	2 320	663	736	724	709	698	639	693	738	391	528
Handelsgesetzbuch		2 1	2 1	556	637	600	591	590	544	574	573	476	445
Freiwillige Gerichtsbarkeit		—	2 176	850	988	—	978	—	864	—	1064	—	650
Grundbuchordnung		2 395	2 145	828	962	1020	942	880	924	947	1139	828	720
KonkursO. u. AnfG.		2 478	2 253	800	942	972	—	1151	—	1003	—	887	—
Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung . . .		2 361	2 290	771	902	937	894	841	813	893	1013	808	—
Reichshaftpflichtgesetz		2 317	2 134	870	1027	1060	1039	933	974	1074	1214	970	—
Wettbewerbsgesetz		2 336	2 611	879	1038	1072	1048	939	987	1081	1220	975	782
Personenstandsgesetz		2 333	2 172	868	—	1056	—	921	—	1063	—	962	—
Seerechtl. Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz . .		2 269	2 117	655	729	718	699	691	632	673	720	585	524
Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung		—	2 121	—	—	722	704	695	638	692	734	589	—
Gesellschaft m. b. H.		2 274	—	896	—	1086	1063	954	994	1108	1251	996	831
Genossenschaftsgesetz		2 297	—	908	—	1112	1090	975	1014	1128	1276	1021	855
Hypothekenbankgesetz		—	2 126	—	734	—	709	—	—	1136	—	—	—
Patentgesetz		—	2 632	—	1053	—	1100	—	1022	—	1282	–	863
Gebrauchsmusterschutz . . .		—	2 645	—	1066	—	1129	—	1064	—	1327	—	878
Warenzeichenrecht		—	2 648	—	1068	—	1135	—	1070	—	—	1029	—
Gewerbliche Schutzgesetze . .		—	2 660	—	1078	—	1153	—	1082	—	—	–	—
Bild. Künste u. Photographie		—	—	—	—	—	1155	—	1083	—	—	1060	—
Literatur und Tonkunst . .		—	2 667	–	1079	—	1158	—	1085	—	—	1052	—
Verlagsrecht		—	2 677	—	1083	—	1165	—	1088	—	—	1064	—
Intern. Urheberrechtsschutz .		—	—	—	—	—	1167	—	1089	—	—	1059	—
Börsengesetz		—	—	—	—	—	1169	—	—	1146	1331	—	798
Gewerbeordnung		—	—	915	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Wechselordnung		—	—	981	—	1129	—	984	—	1137	—	1072	824
Bankdepotgesetz		—	—	—	731	—	708	696	—	—	—	—	—
Scheckgesetz		—	—	—	—	—	—	—	—	1134	—	1065	824
Kraftfahrzeuggesetz.		—	—	—	—	—	—	—	—	1161	1343	1088	—
Versicherungsrecht.		—	—	—	1084	—	—	1005	—	1163	—	1094	—
Gerichtskostengesetz		—	—	–	—	1146	—	—	—	—	—	—	—
GebührenO. für Zeugen und Sachverständige.		—	—	—	—	1179	—	—	—	—	—	—	—
GebührenO. f. Gerichtsvollz.		—	—	—	—	1188	—	—	—	—	—	—	—
GebührenO. für RechtsAnw.		—	—	—	—	1192	—	—	—	—	—	—	—
Reichsstempelgesetz		—	—	—	—	—	—	—	1092	—	1352	—	—
Wechselstempelgesetz		—	—	—	—	—	—	—	—	—	1361	—	—
Reichserbschaftssteuergesetz .		—	—	—	—	—	—	—	1091	—	1361	—	—

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
AÖstGZ = Allgem. Österreichische Gerichts-Zeitung.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und der Handelsgesellschafter.
BayNotZ. = Zeitschr. f. das Notariat u. für die freiw. Rechtspflege d. Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folg. Band- u. Seitenzahl = Samml. v. Entscheid. d. Obersten Landesgerichts f. Bayern in Gegenständen d. Zivilrechts.
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BurBl. = Bureaublatt für gerichtliche Beamte.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß ... Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DRZ. = Deutsche Richterzeitung.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
EisenbA. = Archiv für Eisenbahnwesen.
EisenbVereinsZ. = Ztg. d. Vereins deutscher Eisenb. Verwalt.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. od. ElsLothJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
ETZ. = Elektrotechnische Zeitschrift.
FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschr f. Praxis u. Gesetzgeb. d. Verw., f. d. Königr. Sachsen
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
FürsorgeZ. = Zentralblatt für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung.
GerH. = Gerichtshalle.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GesuR. = Gesetz und Recht.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. = Das Gewerbegericht.
GewuKfmG. = Gewerbe- u. Kaufmannsgericht, Monatsschr. d. Verbandes D. Gew. u. KfmG.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
GoldschmidtsZ. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung (z. B. HansGZ. 15 Beibl. 106.)
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
HirthsAnn. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
HoldheimsMSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JagdRZ. = Zeitschrift für Jagdrecht, Jagdschutz und Jagdwirtschaft.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (die arabische Ziffer bezeichnet den Jahrgang).
IheringsJ. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch f. Entscheidungen d. Kammergerichts in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit usw.
KleinbZ. = Zeitschrift für Kleinbahnen.
KrimPsychMSchr. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.

KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LeipzZ. od. LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LohnBG. = Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns v. 21. Juni 1869.
MschutzuWettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
MittöffFeuerversAnst. = Mitteil. d. Verbandes d. öffentl. Feuerversicherungsanstalten, Kiel.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
Oekonomist = Der Deutsche Oekonomist.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
PA. = Patentamt.
PBl. = Patentblatt.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrMHandGewVerw. = Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbeverwaltung.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
PuchelsZ. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausg. v. A. Reger.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weiteren Zusatz = in Zivilsachen.
RG. (Straff.) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RheinZ. = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen d. RMG.
RuW. = Recht und Wirtschaft.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Königl. Sächs. Ober-Verwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege (seit 1906).
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
StB. = Der Standesbeamte.
Standesa. = Das Standesamt. Herausgegeben von L. Schmitz.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb (s. a. o. bei M.).
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WarnE. (WarnErgbd.) = Warneyers Jahrb. d. Entscheid. Ergänzungsbd., enth. d. Rechtspr. d. RG.
WürttRpflZ. = Württembergische Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttZ. = Zeitschrift f. die freiw. Gerichtsbarkeit u. die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAV. = Zentralbl. der Abgaben-Gesetzgeb. u. Verwaltung in den Kgl. Preuß. Staaten.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBergR. = Zeitschrift für Bergrecht.
ZBlFG. = Zentralbl. f. freiwill. Gerichtsbarkeit u. Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZBlRw. = Zentralblatt für Rechtswissenschaft.
ZfmittlJB. = Zeitschrift für mittlere Justizbeamte.
ZfZollw. = Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern.
ZIndR. = Zeitschrift für Industrierecht.
ZIPR. = Zeitschrift f. intern. Privat- u Strafrecht (jetzt Privat- u. öffentliches Recht).
➤➤ ◄◄ = Selbständiger Zusatz oder Entgegnung eines Autors.
➤➤ Red. ◄◄ = Bemerkung des betreffenden Redaktors.
* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Ortsname in Klammern bezeichnet Entscheid. des betr. OLG. [z. B. DJZ. **05** 445 (Hamm)].
Diejenigen Zeitschriften, deren Jahrgänge mit dem Kalenderjahr zusammenfallen, sind nach dem Kalenderjahr zitiert, die wenigen anderen nach der Bandzahl. [z. B. JW. **11** 120; FrankfRundsch. **43** 15.]

Bürgerliches Gesetzbuch.

Vorbemerkung. 1. Über die allgemeinen Auslegungsgrundsätze vgl. die Anführungen zu §§ 105, 133, 157 u. 242, ferner:

Über den Analogieschluß und die §§ 463, 476 BGB. Jeß, R. **14** 81 ff., 84: Die analoge Anwendung des für einen bestimmten Tatbestand gegebenen Rechtssatzes auf einen anderen Tatbestand ist nicht davon abhängig, daß es für diesen letzteren an einer für ihn anwendbaren Rechtsvorschrift sonst fehlen würde. Eine Gesetzeslücke in diesem Sinne braucht nicht vorzuliegen. Einzige Voraussetzung der analogen Rechtsanwendung ist vielmehr, daß dem im Gesetze vorgesehenen Tatbestande der zur Beurteilung stehende wesensgleich ist. Unter dieser Voraussetzung ist auch ein dem regelwidrigen Rechte angehörender, von einem allgemeinen Prinzip abweichender Rechtssatz der analogen Anwendung fähig, — und zwar innerhalb seines eigenen engeren Prinzips, wenn ein solches erkennbar ist; ein berechtigter Analogieschluß setzt hier an die Stelle des allgemeinen Grundsatzes, der sonst Platz greifen müßte, den regelwidrigen Rechtssatz.

Lent, Die Möglichkeit einer Rechtsentwickelung neben dem Gesetze durch die Rechtsprechung, LeipzZ. **14** 1241 ff. Findet man neue Gedanken, die aus einem gesetzlichen folgen oder die eine Ergänzung desselben darstellen, so muß man den Mut, aber auch das Recht haben, den Gedanken des Gesetzes weiterzuführen (1247). — Je vollständiger ein Gesetz gedanklich zuerst erscheint, um so sicherer ist seine Ergänzbarkeit (1249). — Soweit sich für einen Ausnahmesatz ein bestimmter Gesichtspunkt nachweisen läßt, kann dieser auch verwertet werden, wenn es sich um einen Tatbestand handelt, den das Gesetz nicht unter den Ausnahmesatz bezogen hat, besonders wenn es das gar nicht konnte, weil der Tatbestand damals nicht existierte.

Vgl. Oertmann, Staatliche und gesellschaftliche Rechtsbildung, ABürgR. **40** 70 ff. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, ArchCivPrax. **112** 1—318.

2. Klein, ÖstZBl. **32** 7—19, Die graphische Darstellungsweise im Dienste der Rechtswissenschaft, legt die Vorteile dar, die von einer allgemeinen Einführung der juristischen Graphik für die Rechtswissenschaft, den Rechtsunterricht und die Praxis erwartet werden dürfen, und verdeutlicht seine Ausführungen durch Beispiele. (Vgl. § 130.)

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Literatur: Von Blume, Fragen des Totenrechts (Das Recht am Leichnam) ArchCivPrax. **112** 367 ff., 373 ff. — Goldbaum, Zum Namenrecht, JW. **14** 169—171. — Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne (63—74 über Wohnsitz-Begründung und -Aufgabe). — Koerner, Beiträge zum Adelsrecht, PrVerwBl. **35** 775 ff. — Schiedermaier, Wohnsitz, Wohnung und Geschäftslokal der Militärpersonen während des Krieges, BayRpflZ. **14** 353. — Thielenberg, Luft- oder Seeverschollenheit? DJZ. **14** 935.

Vor § 1. Rechtszuständigkeit und Rechtssubjekt. *Engländer, Rechtsgemeinschaft I (s. § 741 BGB.). 1. „Zuständigkeit" eines subjektiven Rechtes ist die Zugehörigkeit des subjektiven Rechtes zu einem Subjekt, oder genauer: die Beziehung des Rechtsinhalts zum Subjekte des Rechtes; also eine besondere Beziehung innerhalb des Gesamtgebildes des subjektiven Rechtes,

ein Bestandteil, Element, eine Funktion (die „aktive" Funktion) des subjektiven Rechtes (31 ff., 301 ff., 317 ff.). Rechtszuständigkeit ist also noch nicht das subjektive Recht selbst, aber auch nicht für sich allein ein (besonderes) subjektives Recht. Daher gibt es keine „Rechtszuständigkeit des Vermögens" im Sinne eines besonderen Vollrechts am Vermögen oder im Sinne eines aus der gedachten Zusammenfassung der einzelnen Zuständigkeiten der das Vermögen bildenden subjektiven Rechte hervorgehenden einheitlichen subjektiven Herrschaftsrechtes (91 ff., 323 f., zugleich gegen Kaufmanns — JDR. **10** 238 zu § 705 — unklare Terminologie: 324 Note 78). — Die Zuständigkeit eines Rechtsinhalts kann eine einheitliche (Alleinrecht) oder eine mehrheitliche (gemeinschaftliches Recht, Rechtsgemeinschaft in ihren verschiedenen Arten) sein. Dabei ändert sich nicht der Rechtsinhalt hinsichtlich der Gesamtheit der in ihm enthaltenen Einzelbefugnisse (der potentielle Gehalt des subjektiven Rechtes), wohl aber die besondere Struktur des ganzen subjektiven Rechtes (einerseits Alleinrecht, andererseits gemeinschaftliches Recht; 33 ff.). Damit gewinnen wir den Gedanken der „Zuständigkeitform" des Rechtsinhalts, die je nach der Art der Zuständigkeit verschieden sein kann; eine Denkform, die das eine wichtige Merkmal betont, das mit anderen (inhaltlichen) zusammen die Besonderheiten des einzelnen subjektiven Rechtes herstellt (37 ff., 92, 284 f.). Für das Verhältnis der verschiedenen möglichen Zuständigkeitsformen gilt also der Satz von der „Konstanz des Rechtsinhalts (potentiellen Gehalts eines Rechtes) bei Wechsel der Zuständigkeitsformen" (40 ff., 45 ff., 285). 2. „Rechtssubjekt sein" bedeutet nicht nur so viel wie „in bestimmt gestalteten rechtlichen Beziehungen stehen" (Binder, Schwarz) — und zwar auf der aktiven Seite —, nämlich in denjenigen rechtlichen Beziehungen, „die wir ein subjektives Recht nennen" (Binder). Diese Begriffsbestimmung trifft nur das Rechtssubjekt im aktuellen Sinne, d. h. das Subjekt eines einzelnen, rechtlich existent gewordenen oder als existent gedachten subjektiven Rechtes, den „Berechtigten", dem das Recht „zusteht". „Rechtssubjekt" bedeutet aber ferner und vielleicht an erster Stelle das (mögliche) Subjekt von Rechten (oder richtiger: von Rechten und Pflichten) überhaupt, das von der Rechtsordnung mit Rechtsfähigkeit ausgestattete Einheitswesen, die „Person" im Rechtssinne und in der Sprache der Gesetze. Das Wort „Rechtssubjekt" hat danach eine aktuelle und eine potentielle Bedeutung. Die Arten des Rechtssubjekts im potentiellen Sinne oder der Person sind verschieden nach den Substraten der Rechtssubjektivität oder der Rechtsfähigkeit; die Arten des Rechtssubjekts im aktuellen Sinne sind verschieden nach der Art der Verknüpfung des Rechtsinhalts mit dem oder mit den in concreto Berechtigten, d. h.: sie sind Arten der Rechtszuständigkeit (75 ff.). S. auch zu § 80.

§ 6. 1. Nr. 2. Begriff der Verschwendung (JDR. **12** 1). **RG.** JW. **14** 862 Nr. 1, GruchotsBeitr. **58** 881, R. **14** Nr. 2372. Vernachlässigung der Wirtschaft kann trotz sparsamer persönlicher Lebensweise die Entmündigung wegen Verschwendung rechtfertigen. Es genügt Hang zum unwirtschaftlichen Gebahren, nicht erforderlich Hang zu unmäßigen Ausgaben. (Unter Hinweis auf § 30 I. 1 ALR. und den Standpunkt des gemeinen Rechtes. **RG.** **21** 169 und JW. **05** 166 Verschwenden = Verschwinden.)

2. Nr. 2, 3. HessRspr. **14** 307 (LG. Gießen). Unzulässig neben einer Entmündigung wegen Trunksucht noch eine solche wegen Verschwendung.

§ 7. 1. OLG. **28** 1 (Colmar). Die Niederlassung setzt nicht notwendig Aufenthalt voraus, namentlich kann unter Umständen mit der Verlegung des Haushalts einer ganzen Familie der Wohnsitzwechsel aller Angehöriger dieses Haushalts als tatsächlich bewirkt gelten, selbst wenn das eine oder andere Familienmitglied seinen Aufenthalt an den neuen Wohnsitz noch nicht verlegt hat.

2. **RG.** ZBlFG. **14** 467 Nr. 511, R. **14** Nr. 1. Gegen die Absicht ständiger Niederlassung spricht es, wenn jemand stellesuchend mit seiner Familie bei Verwandten wohnt.

3. R. **14** Nr. 1064 (BayObLG.). Mehrjährige Beschäftigung als volljährige Köchin begründet noch keinen Wohnsitz (vgl. PrAGBGB. Art. 14 § 1 Abs. 4).

4. PrVerwBl. **35** 798, R. **14** Nr. 1784 (Colmar). Dienstlicher Wohnsitz im Sinne des ReichsbesoldungsG. vom 15. Juli 1909 für den Anspruch auf Wohnungsgeldzuschuß ist der Mittelpunkt der amtlichen Tätigkeit, als welcher regelmäßig nicht die Wohnung, sondern das Dienstbureau anzusehen ist.

5. R. **14** Nr. 1523 (BayObLG.). Änderung des Wohnsitzes nicht zu unterstellen, wenn die Witwe, ohne ihre Kinder bei sich haben zu können, nach dem Tode des Mannes an verschiedenen Orten dienende Stellungen annimmt.

§ 8. R. **14** Nr. 1065 (BayObLG.). Solange nicht die Aufgabe des Wohnsitzes durch das volljährige Kind erwiesen ist, dauert der letzte väterliche Wohnsitz als sein Wohnsitz fort.

§ 9. 1. Schiedermaier aaO. 353. Der Wohnsitz des Garnisonorts gilt nicht für solche Militärpersonen, die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen. Er gilt ferner nur für solche berufsmäßigen Militärpersonen, die einen Wohnsitz selbständig begründen können; und nur für den inländischen Garnisonort. Tatfrage, ob die Militärperson ihre Wohnung beibehalten hat. Wer eine Familie zurückläßt, wird in der Regel auch für seine Person den Wohnsitz nicht aufgeben wollen. Wer ein Geschäft durch einen Dritten weiter betreiben läßt, muß sich Ersatzzustellungen gefallen lassen.

2. SächsOLG. **35** 102 (Dresden). Dienstlicher Wohnsitz im Sinne des § 9 ist für Militärpersonen der Garnisonort und letzterer wird auch durch ein langfristiges Kommando begründet. (Ein Kommando über 6 Monate gilt als Versetzung.)

3. SächsOVG. **20** 354 ff., 359 ff. (SächsOVG.). Offiziere haben den für die Heranziehung zu persönlichen Gemeindeanlagen maßgebenden Wohnsitz am Garnisonort; auch bei ihnen ist jedoch ein mehrfacher Wohnsitz möglich.

§ 12. 1. *Goldbaum, JW. **14** 169. § 12 trifft die Verwendung von Namen Lebender zur Bezeichnung dichterischer Figuren (in Bühnenwerken, Erzählungen u. dgl.) nicht.

2. LeipzZ. **14** 1674 Nr. 1 (KG.) verneint gleichfalls, daß in der Verwendung des Namens in einem literarischen Erzeugnisse schlechthin eine Verletzung des Namensrechts liege. Auch bei weitgehendster Auffassung des § 12 falle darunter nicht die Benutzung eines Namens zu einer typischen Figur ohne jede Beziehung zu einem bestimmten Menschen. Dem freien künstlerischen Schaffen würde ein unerträglicher Zwang auferlegt werden, wenn der Schriftsteller gehindert würde, seinen Figuren den Namen lebender Personen beizulegen.

3. OLG. **28** 2 (KG.). Namensgebrauch im Sinne des § 12 ist nicht bloß die Führung eines Namens zur Kennzeichnung der Person, sondern auch jede andere Verwendung des Namens, z. B. in einer Firma zu Reklamezwecken. Das Interesse des § 12 ist nicht bloß ein familien- oder vermögensrechtliches Interesse, sondern jedes des Rechtsschutzes würdiges Interesse, auch ein ideales, und selbst ein bloßes Affektionsinteresse. Der letztere Satz wird näher begründet.

4. LeipzZ. **14** 1724 Nr. 1 (KG.), wo die Klage auf Unterlassung der Namensführung gegen einen Künstler abgewiesen wurde, der sich den Namen des Klägers seit Jahren als Künstlernamen beigelegt hatte, weil das Vorliegen eines berechtigten schutzwürdigen Interesses zu verneinen. Ein vermögensrechtliches Interesse war nicht behauptet; ein familienrechtliches wurde nicht angenommen, da der Beklagte weder mit dem Gebrauche des Namens die Absicht verfolgte, den Anschein der Zugehörigkeit zu der Familie des Klägers zu erwecken, noch diese Wirkung tatsächlich

eingetreten oder ihr Eintritt zu besorgen war. Eine übertriebene Empfindlichkeit oder bloße Laune kein schutzwürdiges Affektionsinteresse.

5. MSchutzWettbew. **13** 162 (Naumburg). Es ist kein Namensmißbrauch, kein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht am Namen, wenn aus dem Namen einer juristischen Person, der sich aus mehr oder weniger willkürlich gewählten Bestandteilen zusammensetzt, ein Dritter einen einzelnen Bestandteil herausgreift und für die Bildung seines im übrigen dem Namen jener Person nicht gleichlautenden Namens verwendet.

6. Adelsprädikat. a) KGJ. **45** A 92 f. (KG.) hält an dem KGJ. **36** A 54 ff. ausführlich begründeten Rechtssatz fest, daß in Preußen die von dem Heroldsamt über die Zugehörigkeit eines preußischen Untertanen zum Adelsstande getroffene Entscheidung für die Gerichte bei der Anordnung der Berichtigung einer Eintragung im Standesregister maßgebend ist. Es wird auf die beschränkte Bedeutung des Rechtssatzes hingewiesen und auf die Bedeutung der standesamtlichen Beurkundung als einer lediglich reproduktiven Herstellung einer Beweisurkunde. Die Begründung des Straffenats in KGJ. **39** C 3 und des Beschlusses des OLG. Cöln in JW. **12** 97 beruhe im wesentlichen auf Erwägungen, die gegenüber den Entscheidungen aller Behörden, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt sei, das Recht der freien Rechtsfindung für den Strafrichter in Anspruch nehmen. **b)** KGJ. **45** A 97 (KG.). Der in KGJ. **36** A 54 ausgesprochene Rechtssatz (vgl. vorstehend zu a) gilt auch hinsichtlich solcher preußischer Untertanen, die in Preußen den Adel eines in den preußischen Staat einverleibten Gebiets für sich in Anspruch nehmen. **c)** KGJ. **45** A 85 ff. (KG.). Handelt es sich um einen Namen mit der Partikel „von" und ist nachgewiesen, daß der Name früher ohne die Partikel „von" geführt wurde, so müssen der erste Träger des veränderten Namens und alle, die das Recht zur Führung des veränderten Namens von ihm herleiten, die tatsächliche Vermutung gegen sich gelten lassen, mit der Beilegung der Partikel „von" sei die Annahme eines Adelsprädikats beabsichtigt. Sie können sich, solange die Vermutung nicht widerlegt ist, nicht darauf stützen, daß sie das Recht, den Namen als bürgerlichen zu führen, durch unvordenkliche Verjährung erworben haben. **d)** Koerner aaO. gelangt zu folgenden Ergebnissen: I. § 19 II. 9 ALR. setzt voraus: a) die Führung adeliger Prädikate und b) den Gebrauch adeliger Vorrechte. II. Zu a: Die Führung von Propositionen wie „von", „aus", „zu" usw. ist nur dann präsumtiv als Führen eines Adelsprädikats anzusehen, wenn es sich: a) um fremdsprachige Namen (z. B. von Meunier, von Zychlinski), b) um nicht von Orten herzuleitende deutsche Namen (vgl. von Schütze, von Bierbrauer, von Angstwurm, von Schumacher, von Mäurer usw.) handelt. **e)** OLG. **28** 4 (KG.) Die in Familien polnischer Herkunft mit Namen, die auf ski endigen, vielfach erhalten gebliebene, auf polnischen Sprachregeln beruhende Übung, die Namen der weiblichen Familienmitglieder auf ska auslauten zu lassen, kann die Gestaltung des von Rechts wegen zustehenden Namens nicht berühren. **f)** HessRspr. **14** 100 (Darmstadt). Auch nach hessischem Rechte gelten die Adelsprädikate nicht als Bestandteil des Namens, sondern als Zeichen eines besonderen Standes.

§ 16. Thielenberg, DJZ. **14** 935. Bei entsprechender Anwendung des § 905 fallen die Fahrten in der dem Meere übergelagerten Luftschicht unter den Begriff der „Seefahrt" im Sinne des § 16.

§ 18. KGJ. **45** A 150 ff. (KG.). Auf Grund eines Todeserklärungsurteils kann ein Erbscheinsverfahren eingeleitet werden, ein Fall, den das Gesetz im § 2370 Abs. 2 BGB. ausdrücklich in Betracht zieht. Die Vermutung des § 18 gilt gegenüber jedermann, auch gegenüber dem Nachlaßgerichte.

§ 19. BayObLG. **14** 632, SeuffA. **69** 305 (BayObLG.). In den Fällen, in denen eine Todeserklärung nicht erfolgt ist, wird die Fortdauer des Lebens des

Verschollenen gemäß § 19 bis zu dem Zeitpunkte vermutet, der nach § 18 Abs. 2 in Ermangelung eines anderen Ergebnisses der Ermittelungen als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist. Ist der Verschollene schon so lange verschollen, daß die Lebensvermutung des § 19 nicht mehr Platz greift, so folgt daraus nicht, daß der Verschollene als tot zu gelten hat, sondern es bewendet bei dem allgemeinen Grundsatze, wonach, wenn Leben und Tod ungewiß sind, das Leben oder den Tod zu beweisen hat, wer sich auf das Leben oder auf den Tod beruft.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

teratur: Delius, Der Ausschluß von Mitgliedern aus Vereinen des öffentlichen und privaten Rechtes, VerwA. **22** 209—268. — Rudolf Fischer, Die Bedeutung des Zweckes für die Aktiengesellschaften, JheringsJ. **63** 339 ff. — Hagemann, Zur Rechtsfähigkeit der sog. Kassenarztvereine, ZVlFG. **14** 621. — Klinger, Das Klagerecht der Stiftungsinteressenten, Bonner Dissertation 1914. — Labes, Der Begriff der Auflösung von Aktiengesellschaften in neuem Lichte, JW. **14** 511 f. — Derselbe, Schulden der reichsprivatrechtlichen juristischen Personen. Berlin 1913. — Merkull, Französisches und deutsches Verwaltungsrecht, PrVerwBl. **35** 495 ff. (bringt bemerkenswerte Gründe gegen die französische Fiktionstheorie der juristischen Personen). — Zeiler, Stiftungsvermögen und Sinken des Geldwerts, DNotV. **14** 346 ff.

*Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft I (s. § 741). Das Vermögen einer juristischen Person ist niemals Teil ihres Wesens, niemals Vorbedingung ihrer Existenz (98 ff.). S. auch zu § 80.

§§ 21, 22. 1. SchlHolstAnz. **14** 71 (Kiel). Ein Verein wird auch durch Änderung seiner Rechtsfähigkeit in seiner Identität nicht berührt. Bei Erlangung der Rechtsfähigkeit durch den bisher nicht rechtsfähigen Verein bildet der nunmehr rechtsfähige Verein lediglich die Fortsetzung des ersteren. (Im gegebenen Falle hatte der nicht eingetragene Verein im Laufe des Prozesses die Rechtsfähigkeit erlangt.) Die Frage der Identität ist eine Tatfrage. Vgl. das bestätigende Revisionsurteil des RG. vom 10./11. Juli 1914 hierzu, wo ausgesprochen ist, daß das Vermögen aktiv und passiv auf den rechtsfähigen Verein übergeht, R. **14** Nr. 2373—2376, SchlHolstAnz. **14** 261.

2. OLG. **28** 6 (Hamburg). Ein seinem Hauptzwecke nach auf Verfolgung idealer Interessen gerichteter Verein verliert nicht dadurch, daß er seinen Mitgliedern oder deren Angehörigen in Sterbefällen oder bei Stellenlosigkeit Unterstützung gewährt, die Eigenschaft als eintragungsfähiger Verein.

3. SächsOLG. **35** 78 ff. (Dresden) bejaht die Eintragungsfähigkeit der sog. Berufsvereine in das Vereinsregister. Zweck des in Betracht kommenden Bezirksverbandes der Arbeitgeber des Töpfer- und Ofensetzergewerbes war: die tatkräftige Wahrung der Interessen des Berufs, des Vereins und seiner Mitglieder — durch Aufstellung von Lohntarifen und Festsetzung von Preis-, Bezugs- und Lieferungsbestimmungen, durch Regelung von Lohnstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, sowie durch Ergreifung gemeinsamer Maßregeln bei Streiks und Sperre. — Verbot der Leistung gewisser gewerblicher Arbeiten seitens der Arbeitgeber an Nichtmitglieder und des Bezugs gewisser Waren von einer anderen Stelle als den Mitgliedern des Vereins deutscher Kachelofenfabrikanten, mit dem der Verband einen Gegenseitigkeitsvertrag geschlossen. OLG. verneint das Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs, d. h. eines geschäftlichen, auf den Umsatz oder die Erzeugung von Verkehrsgütern gerichteten Unternehmens. Durch die Aufstellung von Lohntarifen und die Festsetzung von Preis-, Bezugs- und Lieferungsbestimmungen werde nur die Grundlage für den Abschluß von Verträgen geschaffen, an dem nur die Mitglieder, nicht der Verband beteiligt seien.

4. Hagemann aaO. teilt die Mustersatzungen des Leipziger Verbandes

der sog. Kassenarztvereine mit (JDR. 12 5; **RG.** 83 281 ff., JW. 14 70). Die Vereine haben den Zweck: 1. Ihren Mitgliedern die Tätigkeit als Arzt bei den im Vereinsgebiete bestehenden Krankenkassen zu ermöglichen. 2. Zu diesem Zwecke will der Verein für seine Mitglieder insgesamt oder für einzelne mit diesen Krankenkassen Verträge abschließen und sich an deren Durchführung beteiligen. 3. Daneben beabsichtigt der Verein die ärztlichen Standesinteressen zu wahren und zu fördern. 4. Ein Geschäftsausschuß oder ähnliches Organ soll die Vertragsverhandlungen mit den Krankenkassen führen und mit ihnen Verträge abschließen, die nach gutachtlichen Äußerungen von Kommissionen oder Vereinsversammlungen für alle Vereinsmitglieder rechtsverbindlich sind. 5. Ferner hat ein besonderes Organ das von den Kassen gezahlte Honorar nach Abzug der Verwaltungskosten zu verteilen und die Vereinsmitglieder in ihrer kassenärztlichen Tätigkeit zu überwachen. (In dem Abschlusse der Verträge und Einziehung der Honorare hatte das KG. KGJ. **44** A 150 die Merkmale des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erblickt, während RG. aaO. davon ausging, daß wesentliche Voraussetzung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs die Erzielung eines Entgelts für die im Zwecke des Unternehmens liegende Güterentäußerung oder entfaltete Tätigkeit sei, was verneint wurde, da von dem Vereine der Kassenärzte für die Vermittler- und Kontrolltätigkeit überhaupt nichts und von den eingezogenen Honoraren nur die Verwaltungskosten gekürzt werden.)

§ 24. Über Begründung und Aufgabe des Sitzes juristischer Personen vgl. Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne 74—77.

§ 27. R. **14** Nr. 734 (BayObLG.). Legt ein Vereinsvorstand seine Stellung durch Erklärung in der Ausschußsitzung mit dem Beifügen nieder, daß er die Geschäfte nur vorläufig bis zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit weiterführe, so kann er darüber hinaus nur durch neue Wahl der Mitgliederversammlung wieder Vorstand werden, nicht durch Beschluß des Ausschusses. Rechtlich belanglos ist, daß er in einer späteren Ausschußsitzung als Vorstand auftrat und als solcher nicht beanstandet wurde.

§ 28. 1. R. **14** Nr. 1524 (BayObLG.). Auch bei einer geselligen Zusammenkunft können gültige Ausschußbeschlüsse gefaßt werden, wenn sich kein Widerspruch erhebt.

2. SchlHolstAnz. **14** 71 (Kiel). Der Dritte, der mit dem nach außen vertretungsberechtigten Vorstand eines Vereins kontrahiert, braucht dessen Beschränkung der Vertretungsbefugnis im Innenverhältnisse nur gegen sich gelten zu lassen, wenn er in arglistiger Kollusion mit dem Vorstande zusammengewirkt hat.

3. **RG.** JW. **14** 399 Nr. 1, R. **14** Nr. 577. Die Arglist des einzelnen Vorstandsmitglieds ist dem Verein auch dann zuzurechnen, wenn es sich an der Beschlußfassung zwar nicht beteiligt hat, den Abschluß aber wissentlich hat geschehen lassen, ohne denjenigen oder diejenigen Gesamtvertreter, die den Vertrag abgeschlossen, über die wirkliche Sachlage aufzuklären. (Angewendet in einem Falle, wo der bösgläubige Gesamtvertreter sogar der Vertragsgegner war.)

§ 29. R. **14** Nr. 735 (BayObLG.). Über die Voraussetzungen des § 29 hat im Streitfalle das Gericht gemäß § 12 FGG. zu entscheiden.

§ 30. RG. LeipzZ. **14** 1111 Nr. 1. Für die unerlaubten Handlungen ihres selbständigen Filialleiters haftet die Aktiengesellschaft gemäß § 30 als für solche eines besonderen Vertreters.

§§ 31, 89. 1. Über das Verschulden der verfassungsmäßigen Vertreter als Voraussetzung der Wegehaftpflicht vgl. Kraft, Wegerecht und Haftpflicht, Gruchots Beitr. 58 399—401.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1651. Der nach Abschnitt I §§ 1, 2, 4 der allgemeinen Dienstanweisung für Post- und Telegraphie mit der Beaufsichtigung von Telegraphenbauarbeiten beauftragte Oberpostinspektor ist verfassungsmäßig berufener Vertreter des Postfiskus.

§ 35. **RG.** LeipzZ. **14** 571 Nr. 1, R. **14** Nr. 169. Vertragsmäßiges Sonderrecht eines Mitglieds einer GmbH. des Inhalts anerkannt, daß sich das Mitglied die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der im Gesellschaftsvertrage vereinbarten Dauer der Gesellschaft nicht gefallen zu lassen braucht.

§ 39. Austritt und Ausschluß von Mitgliedern. 1. Fischer aaO. 341. Ebenso wie beim Vorliegen eines wichtigen, mit dem Zwecke zusammenhängenden Grundes das Mitglied einer Korporation im Sinne der §§ 21 ff. BGB, selbst wenn ihr statutenmäßig kein Ausschließungsrecht übertragen ist, doch gemäß der vom Zwecke beherrschten Persönlichkeit der Korporation ausgeschlossen werden darf, darf das Mitglied einer Nutzungsgemeinschaft, selbst wenn sie sich die Form der Aktiengesellschaft oder GmbH. gegeben und sich dadurch in weitem Umfange das Recht sowie die tatsächliche Macht gesichert hat, das Mitglied gegen seinen Willen in der Korporation zurückzuhalten, der Korporation gegen deren Willen den Austritt erklären, wenn die Korporation dem Mitgliede die Erreichung des von diesem in der und durch die Korporation angestrebten Zweckes nicht gewährt. Ob die Korporation hierbei ein Verschulden trifft oder nicht, ist ohne Bedeutung.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1387. Unzulässig die Ausschließung eines Vereinsmitglieds, das während des Ausschließungsverfahrens freiwillig ausgeschieden ist. Mit dem Austritte verliert der Verein das Recht, sich dem Mitgliede gegenüber auf den Standpunkt zu stellen, dieser sei nach der Satzung verpflichtet, sich die seine Ehre und soziale Stellung schwer beeinträchtigende Maßregelung gefallen zu lassen (gegen Heinsheimer, Mitgliedschaft und Ausschließung 64 ff.). — Vgl. zu § 130.

3. OLG. **28** 9, R. **14** Nr. 1525 (Hamburg). Die Ausschließung aus einem Vereine von Berufsgenossen wegen Nichtbefolgung des Ausstandsbeschlusses ist weder gesetzwidrig (d. h. nicht gegen § 152 GewO. verstoßend), noch sittenwidrig.

4. BayRpflZ. **14** 110 (Nürnberg). Kein Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn ein in ordnungswidriger Weise ausgeschlossenes Vereinsmitglied die Nachprüfung des Verfahrens durch die ordentlichen Gerichte anruft.

5. a) R. **14** Nr. 1066 (Nürnberg). Hat nach der Satzung auf fristzeitiges Verlangen eines durch Ausschußbeschluß zur Ausschließung bestimmten Mitglieds hierüber zunächst ein Schiedsgericht und dann erst die Hauptversammlung zu entscheiden, so ist die vorzeitige Ausschließung durch letztere selbst unwirksam. b) **RG.** JW. **15** 19 Nr. 1. Für aus dem Verein ausgeschlossene Mitglieder ist die Anrufung des Gerichts erst zulässig, nachdem der in der Vereinssatzung gewiesene Weg der Anfechtung des Ausschlusses erfolglos beschritten ist.

6. Delius aaO. erörtert eingehend, in welchem Umfange die Gerichte den Ausgeschlossenen schützen können und stellt insbesondere folgende Sätze auf: a) Der Streit darüber, auf welche Weise (freiwillig oder nicht) und zu welcher Zeit jemand aus einem Verein ausgeschieden ist, stellt seinem Gegenstande nach eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit dar. Er unterliegt gemäß § 13 GVG. der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte, es sei denn, daß in rechtswirksamer Weise ein schiedsrichterliches Verfahren dafür angeordnet ist (**RG. 80** 189). — Ungültig die Bestimmung der Satzung, daß „die Ausschließung gerichtlich nicht angefochten werden dürfe", oder „gegen die Entscheidung des Vorstandes (Mitgliederversammlung) der Rechtsweg ausgeschlossen sei." Solche Satzungsbestimmungen widerstreiten der öffentlich-rechtlichen Norm, die in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten den Beteiligten das richterliche Gehör gewährleisten (211, 212). b) Der Ausgeschlossene kann erst klagen, wenn er sämtliche, durch die Vereinssatzung gebotenen Mittel der Abhilfe erschöpft hat. — Es muß als Vertragswille angenommen werden, daß die Mitgliedschaft erst wegfallen soll, wenn die Vereinsinstanzen erschöpft sind (215, 216). c) Mitglieder eines verbotenen Vereins haben keinen Anspruch auf Rechtsschutz, wohl aber ist die Klage statthaft, wenn die Mitgliedschaft zum Vereine nur gegen Disziplinarvorschriften

(Beamte, Studenten, Schüler) verstößt (220, 221). d) In Ansehung der sachlichen Zuständigkeit ist zu unterscheiden, ob die persönlichen Beziehungen sowie die sog. idealen Interessen der vermögensrechtlichen Beziehungen und Verhältnissen gegenüber die Hauptsache sind oder umgekehrt. Im ersten Falle handelt es sich um nicht vermögensrechtliche, im zweiten um vermögensrechtliche Ansprüche, für die bis zu einem Streitobjekte von 600 M. das Amtsgericht zuständig ist (222, 223 gegen **RG.** JW. **97** 134, **00** 417 u. R. **13** Nr. 874, das den Anspruch stets für einen nicht vermögensrechtlichen, und Heinsheimer, Mitgliedschaft 5, der ihn stets für einen vermögensrechtlichen hält). e) Gegenüber der in der Rechtsprechung herrschenden Auffassung, daß das Gericht nur die Satzungsmäßigkeit des Ausschließungsverfahrens in formeller Beziehung nachzuprüfen habe, tritt Delius (223—230) dafür ein, daß das richterliche Nachprüfungsrecht auch in materieller Beziehung bei Mißbrauch des Ausschließungsrechts zulässig sei. § 25 BGB. bezwecke lediglich, ebenso wie § 109 HGB., darauf hinzuweisen, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit herrsche. Den Schlüssel zur Lösung der Frage biete § 242 BGB. f) Nicht rechtsfähige Vereine. Auch der nicht rechtsfähige Verein hat in der Regel die Ausschließungsbefugnis. Die Ausschließung darf nur aus einem wichtigen Grunde erfolgen. Ist in der Satzung über die Ausschließung und das zu beobachtende Verfahren nichts bestimmt, so kann ein Mitglied eines solchen Vereins nur durch einstimmigen Beschluß sämtlicher Mitglieder ausgeschlossen werden. — Bestimmt die Satzung, daß über die Ausschließung der Vorstand entscheidet, so ist die Berufung an die Mitgliederversammlung statthaft, wenn die Satzung nicht ergibt, daß der Vorstand endgültig entscheiden soll. — Enthält die Satzung keine abweichende Bestimmung, so können auch Vorstandsmitglieder, insbesondere der Vorsitzende, durch den Vorstand oder das sonst mit der Ausschließung zunächst betraute Vereinsorgan ausgeschlossen werden. Daß Vorstandsmitglieder nur von dem obersten Organe des Vereins, der Mitgliederversammlung, ausgeschlossen werden könnten, ist eine unzutreffende Annahme. — Für die Beschlußfassung in einer Versammlung des Ausschließungsorgans ist vor allem notwendig, daß sämtliche Mitglieder vorschriftsmäßig als solche einberufen sind. Ist das nicht geschehen, so ist der Beschluß nichtig, und zwar auch dann, wenn die Stimmen der Nichtgeladenen an dem Stimmenverhältnis nichts hätten ändern können (vgl. DJZ. **07** 74 [BayObLG.], **RG.** R. **12** Nr. 1995, JW. **12** 193, 741). Die Tagesordnung muß mitgeteilt und richtig sein (233—252). g) Die Beschlußfassung nach § 32 Abs. 2 BGB. ist auch für nicht rechtsfähige Vereine zulässig, aber die dort vorgesehene schriftliche Erklärung jedes Mitglieds ist eine Ausnahme, die nicht ausdehnend auf nicht rechtsfähige Vereine angewendet werden darf (?). — Ist Minderjährigen der Beitritt zum Vereine vom gesetzlichen Vertreter gestattet, so können sie selbst auch mitbestimmen (OLG. **15** 33). — Nur die, welche ihre Stimmen abgeben, sind als erschienen im Sinne des § 32 BGB. und der entsprechenden Satzungen anzusehen (gegen **RG. 80** 192). — Bei rechtsfähigen wie nicht rechtsfähigen Vereinen steht den Mitgliedern der Austritt jederzeit frei, auch wenn die Zugehörigkeit zum Verein auf Lebenszeit eingegangen ist. — Ist die Anhörung*) nicht erfolgt, so ist der Ausschluß der Regel nach nichtig, es sei denn, daß der Auszuschließende auf Anhörung ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hat, weil ja sein Verhalten offenkundig ist (R. **13** Nr. 1090). — Durch die Satzung kann bestimmt werden, daß dem Ausgeschlossenen die Kosten des Ermittelungsverfahrens

---

*) Vgl. hierzu R. **14** 2964 (Nürnberg). Kann satzungsgemäß der Ausschluß eines Mitglieds nur nach vorgängiger „Vernehmung“ erfolgen und muß im Strafbeschlusse dessen Grund angeführt werden, so genügt es nicht, wenn vorher lediglich eine Privatunterredung mit dem Vorstand ohne genaue Bezeichnung des Vergehens stattfindet, das Mitglied selbst zur Generalversammlung lediglich formlos ohne Mitteilung der Tagesordnung geladen und in der Mitteilung über den Ausschluß dessen Grund nicht erwähnt ist.

auferlegt werden. Fehlt eine Vorschrift, so muß der Verein auf Erstattung der Kosten klagen (253—261). h) Wegen der vor dem 1. Januar 1900 gegründeten Vereine vgl. 262, 263. — Wegen der Vereine des öffentlichen Rechtes 265—268.

§ 41. *Labes, JW. **14** 511 ff. Die Auflösung von Vereinen und anderen juristischen Personen, die durch Gründung entstanden sind, ist dissociatio, der contrarius actus zum Gründungsvertrag. Sie ist also weder ein Zustand, wie man vielfach annimmt, noch ist der Ausdruck Auflösung vom Gesetze schief gewählt, wie andere meinen. Sie ist ein Faktum und bedeutet nicht die Beendigung der juristischen Person selbst (des Außenverhältnisses), sondern nur die Beendigung der „Gesellschaft" (des Innenverhältnisses).

§ 51. *Labes, Schulden der reichsprivatrechtlichen juristischen Personen, besonders der Aktiengesellschaften nach der Auflösung, unterscheidet die Auflösungsgründe, die eine Liquidation zur Folge haben, von denjenigen, bei denen dies nicht der Fall ist. Bei den ersteren ist die Zeit bis zur Löschung der juristischen Person von der Zeit danach rechtlich gesondert zu betrachten.

§ 54. Literatur: Krohn, Der Bruch des Kartellversprechens. Dissertation, Breslau 1914. — Neukamp, Findet der § 31 BGB. auf nicht rechtsfähige Vereine Anwendung? LeipzZ. **14** 332—339.

1. Allgemeines. Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins. **RG.** SeuffA. **69** 52 bestimmt das Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins im Anschluß an **RG. 60** 94 u. **74** 371 ff. (dauernde Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes — körperschaftliche Organisation — Gesamtnamen — Wechsel im Mitgliederbestande naturgemäß infolge des Wesens der Verbindung, nicht ausnahmsweise vermöge besonderen Ausnahmerechts). Das Erfordernis der Dauer bei einer Kalibohrgesellschaft bejaht, die auf nicht viel länger als 10 Jahre errichtet, da solche Zeit im geschäftlichen Verkehr als dauernde angesehen wird.

2. Anwendung des Vereins- und Gesellschaftsrechts. a) *Neukamp aaO. Auf nicht rechtsfähige Vereine findet die Vorschrift des § 31, der den Verein für die unerlaubten Handlungen seiner gesetzlichen Vertreter verantwortlich macht, keine Anwendung. Die gegenteilige vereinzelt in der Literatur und in der Rechtsprechung (OLG. **22** 115) vertretene Ansicht scheitert — abgesehen von dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes — schon an den Vorschriften der §§ 54, 735 BGB. Danach würden bei einer Anwendung des § 31 auf die nicht rechtsfähigen Vereine auch die einzelnen Vereinsmitglieder persönlich für die unerlaubten Handlungen des Vorstandes haftbar werden, was zu unerträglichen Ergebnissen führen müßte (vgl. JDR. **12** 10 Nr. 5). b) *Krohn, aaO. behandelt die Frage, ob das Mitglied eines nicht rechtsfähigen Vereins, falls es durch satzungswidriges Verhalten eines Vereinsgenossen einen Schaden erleidet, diesen Schaden von dem satzungsuntreuen Mitglied ersetzt verlangen kann. Als satzungsmäßige Pflicht ist eine Unterlassungspflicht gewählt, also die Pflicht, die bei Kartellen die Hauptpflicht zu sein pflegt. Es wird festgestellt, daß die Unterlassungspflicht der Kartellmitglieder eine Beitragspflicht im Sinne des § 718 BGB. ist (nachdem erörtert worden, daß der Unterschied zwischen Gesellschaft und nicht rechtsfähigem Verein nicht mittels objektiver Merkmale zu finden ist, sondern in dem Willen der Mitglieder; die Mitglieder einer nicht rechtsfähigen körperschaftlich organisierten Personenvereinigung müssen den Willen haben, ein Gebilde von mehr oder weniger scharf ausgeprägter Selbständigkeit zu schaffen). Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann nur verlangen, wer Erfüllung verlangen kann. Gehört der Anspruch auf die Beiträge zum Vereinsvermögen, so ist das einzelne Vereinsmitglied nicht anspruchsberechtigt, andernfalls hat es einen Anspruch auf Erfüllung der Beitragspflicht. Es wird entschieden, daß bei der Gesell-

schaft der Anspruch auf die Beiträge zum Gesellschaftsvermögen gehört, mithin forderungsberechtigt nur die Gesamtheit der Gesellschafter ist. Diese Entscheidung muß auch für den nicht rechtsfähigen Verein zutreffen, da die gesamte Hand bei diesem keinesfalls schwächer als bei der Gesellschaft in die Erscheinung tritt. Erachtet man bei der Gesellschaft den Anspruch auf die Beiträge als außerhalb des Gesellschaftsvermögens stehend, so ist doch bei dem nicht rechtsfähigen Verein in Ermangelung besonderer Bestimmung als stillschweigende Vereinbarung anzunehmen, daß bezüglich des Anspruchs auf die Beiträge die gesamte Hand wirksam werden solle.

3. Prozessuales. a) **RG.** R. **14** Nr. 1858 entscheidet im Anschluß an **RG. 57** 91 u. **78** 101, daß nur sämtliche Mitglieder des nicht eingetragenen Vereins zur Klage berechtigt sind, weder dem Vorstande noch einem anderen Vereinsorgane die **Klageberechtigung** zusteht. (Betraf die Klage eines zahnärztlichen Vereins auf Zahlung der ehrengerichtlich gegen ein Mitglied erkannten Geldstrafe und der Kosten des ehrengerichtlichen Verfahrens.) b) HansGZ. **14** Beibl. 173 (Hamburg) verneint, daß die Filiale Hamburg des Verbandes der Schneider usw. ein selbständiger Verein im Sinne des § 50 Abs. 2 ZPO. sei, unter Prüfung der Satzungen gemäß **RG. 73** 97. (Die Form der Wahl der Lokalorgane ist zwar den Ortsmitgliedern überlassen, die Verwendung des Geldes darf aber nur im Interesse des Verbandes erfolgen, von dem auch sonst die Ortsverwaltung prinzipiell abhängig ist.)

2. Eingetragene Vereine.

§ 60. 1. Gegen die Zurückweisung der Eintragung eines Vereins aus anderen Gründen als wegen Mangels der in Abs. 1 erwähnten Erfordernisse, z. B. wegen seines wirtschaftlichen Zweckes, findet nach R. **14** Nr. 736 (BayObLG.) und ZBlFG. **5** 760 (Dresden) nicht die sofortige Beschwerde des § 60, sondern die einfache nach § 19 FGG. statt. Anders **RG. 47** 386, JW. **03** 113 Nr. 248 und die ständige Rechtsprechung des KG. KGJ. **20** A 8, **26** A 3, **27** A 237, **39** A 144, **44** A 163.

2. **RG. 84** 158 ff., JW. **14** 525 entscheidet sich für die sofortige Beschwerde. Es habe kein innerer Grund vorgelegen, die Fälle der Beschwerde verschieden zu ordnen. Gleichzeitig wird in der Entscheidung ausgeführt, daß die §§ 28, 199 FGG. auf alle weiteren Beschwerden in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden sind, auch auf die nach den §§ 60, 73 BGB. den Vorschriften der ZPO. folgenden.

§ 67. R. **14** Nr. 2963 (BayObLG.). Ob die Enthebung des Vorstandes sachlich begründet ist, hat das Registergericht nicht zu prüfen.

II. Stiftungen.

§ 80. *Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft I (s. § 741). Der Vermögenskomplex ist niemals selbst die juristische Person; sondern er tritt als Gesamtheit der vermögenswerten Rechte einer juristischen Person in den Rechtsverkehr ein. Auch bei der Stiftung ist daher nicht das Vermögen selbst dasjenige, was „juristische Persönlichkeit" hat. Vielmehr knüpft sich diese hier an eine bestimmte Verwaltungsorganisation, während das Vermögen zwar notwendiges Mittel für die Verwirklichung der Stiftungszwecke, nicht aber Wesensmerkmal und daher niemals Existensbedingung der juristischen Person der Stiftung ist. Entstehen kann eine Stiftung jedenfalls ohne alles Vermögen, auch ohne einen Anspruch auf Vermögenswidmung gegenüber dem Stifter; daß sie einstweilen (bis zum Erwerbe ihres Vermögens durch Zuwendungen) regelmäßig nicht wirken kann, berührt ihre Existenz nicht. Die Stiftung kann daher auch bestehen bleiben trotz Erschöpfung ihres Vermögens — und zwar im Hinblick auf jederzeit denkbare neue Zuwendungen —, solange überhaupt der Stiftungszweck mit vermögenswerten Mitteln erreichbar ist. Anders das neue schweizerische Recht (94 Note 184, 99 Note 193).

§ 85. 1. OLG. **28** 13, R. **14** Nr. 1526 (Rostock) verneint die Zulässigkeit der Feststellungsklage eines angeblichen Genußberechtigten, wenn die Voraussetzungen zum Bezuge des Stipendiums nicht objektiv und unabänderlich feststehen, sondern über sie nach den tatsächlichen Verhältnissen zu entscheiden ist.

2. *Klinger, Das Klagerecht des Stiftungsinteressenten (Bonner Diss. 1914), behandelt mit Bezug auf die rechtsfähige Stiftung die Frage, ob der Stiftungsinteressent einen Anspruch (und damit ein Klagerecht) auf Zuwendung der ihm in einer Stiftung zugedachten Vorteile hat. Diese im Gesetze nicht beantwortete Frage ist von Zitelmann (Begründung s. dessen Recht des BGB. 74) schlechthin verneint worden. Oertmann (Komm. zu § 85 S. 224) hat versucht, Zitelmanns Ansicht zu widerlegen; er stützt die Begründung seiner Gegenmeinung auf die Bestimmung des § 85, indem er die Regelung der Frage, ob der Stiftungsinteressent einen Anspruch haben solle, als zur Verfassung gehörig betrachtet und deshalb das Bestehen eines Anspruchs davon abhängig macht, ob in der Stiftungsurkunde hierüber Bestimmungen getroffen sind. Oertmanns Ansicht ist aber aus zwei Gründen unhaltbar: 1. Zunächst umfaßt der Begriff „Verfassung im materiellen Sinne" (Gegensatz: Begriff der Verfassung im formellen Sinne = Satzung, Statut, Stiftungsurkunde) ausschließlich solche Bestimmungen, die sich auf die Schaffung und Erhaltung derjenigen Einrichtungen beziehen, die der juristischen Person die Fähigkeit geben sollen, als willens- und handlungsfähiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehre teilnehmen zu können; nicht dazu gehören diejenigen Bestimmungen, die nur die Verwaltung der Stiftung, insbesondere die Verwaltung des Vermögens betreffen. Zu diesen letzterwähnten Verwaltungsvorschriften würde aber offenbar die Bestimmung über Ansprüche der Stiftungsinteressenten gehören (26 ff., 45). 2. Außerdem aber kann Satzungsbestimmungen an sich (gleichgültig, ob sie Verfassungsbestimmugen sind oder nicht) nicht die Kraft beigemessen werden, Ansprüche zwischen der Stiftung einerseits und ihr völlig fremd gegenüberstehenden Personen andererseits zu erzeugen; sie haben Geltung und Bedeutung nur für die im internen Verhältnisse bestehenden Rechtsbeziehungen (45 ff.). — Eine positive Lösung läßt sich indessen im Wege der Analogie erzielen, wenn man die entsprechenden in der Stiftungsurkunde enthaltenen Bestimmungen, als einseitige, mit Verpflichtungswillen abgegebene und an die Stiftung gerichtete Willenserklärungen des Stifters ansieht (51). Zwar erweist sich der Vorschlag der Protokolle, diese Lösung in Analogie zu den Verträgen zugunsten Dritter zu suchen, als nicht geeignet (52); dagegen führt der zuerst vom **RG.** (SeuffA. **56** Nr. 216) und von v. Tuhr (Allgem. Teil 611 VII) angedeutete Weg des Analogieschlusses zu den Bestimmungen über das Vermächtnis zu einer befriedigenden Lösung: Die Anordnung des Stifters bildet — ähnlich wie die Vermächtnisanordnung und die Anordnung der letztwilligen Auflage — eine erlaubte Ausnahme von dem Grundsatze des § 305 BGB. (54 ff.). Ein Anspruch des Stiftungsinteressenten ist demnach dann begründet, wenn sich dies als dem Willen des Stifters entsprechend aus der Stiftungsurkunde ausdrücklich oder stillschweigend ergibt (58). — Eine Klage auf Feststellung der Zugehörigkeit eines Interessenten zu dem bestimmten Personenkreise, aus dem die Stiftungsverwaltung die Destinatäre auszuwählen hat, ist nicht möglich, da diese Klage unzulässigerweise die Feststellung einer Tatsache (nicht die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses) bezwecken würde; anders Enneccerus, Lehrbuch I 267 (60 f.).

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

§ 89. 1. **RG. 84** 86 ff. über die Haftung des Landesfiskus in Elsaß-Lothringen wegen mangelhafter Unterhaltung öffentlichen Gutes auf Grund der §§ 823, 31, 89 BGB.

2. **RG. 84** 338 ff. behandelt die Frage, in welchem Umfange der Staat dem Absender für ein der Zollverwaltung von der Post nach Ankunft am Bestimmungsorte zur zollamtlichen Behandlung übergebenes, aus den Zollamtsräumen gestohlenes Postwertpaket ersatzpflichtig ist. „Durch die PostO. für das Deutsche Reich vom 20. März 1900 § 39 XV ist vorgeschrieben, daß zollpflichtige Postsendungen zur zollamtlichen Abfertigung an die zuständigen Zoll- und Steuerstellen zu übergeben sind. Die Zollbehörde, die auf Grund dieser Vorschrift die Sendungen von der Post empfängt, übernimmt sie kraft öffentlichen Rechtes im öffentlichen Interesse. Aus dieser Tatsache ergibt sich eine öffentlich-rechtliche Verwahrungspflicht, auf die die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes entsprechend anzuwenden sind (**RG. 48** 256, WarnE. **08** Nr. 305). — Aus diesem vertragsähnlichen Verhältnisse der Streitteile folgt die Haftung des Hamburgischen Staates nach §§ 31, 89 BGB., weil die den Schaden der Klägerin verursachenden Handlungen und Unterlassungen einem verfassungsmäßig berufenen Vertreter zur Last fallen.“

Anhang. Rechtsgeschäfte der Preußischen Landgemeinden. 1. (Vgl. JDR. **12** 28 Nr. 3.) a) Die Rechtsprechung des RG. über die Bedeutung der Formvorschrift des § 88 Abs. 4 Nr. 7 PrLandgemO. vom 3. Juli 1871 und des § 56 Nr. 8 PrStädteO. vom 30. Mai 1853 ist erörtert von Appel, JW. **13** 531 ff. Das RG. hält in ständiger Praxis seit **RG, 64** 409, JW. **05** 446 Nr. 35 daran fest, daß es sich um den Schutz der Gemeinde bezweckende Vorschriften handle, deren Übertretung Nichtigkeit zur Folge hat. Vgl. **RG. 73** 205 ff. (wo auch eine Heilung des Mangels durch Auflassung abgelehnt ist; GruchotsBeitr. **55** 388 ff., wo als Urkunde im Sinne des § 88 aaO. nur die einseitige Verpflichtungserklärung bezeichnet ist, während die Erklärung des anderen Teiles der Formvorschrift nicht unterliege); GruchotsBeitr. **56** 625, JW. **12** 1064 Nr. 11; **RG. 82** 7 ff., JW. **13** 609 Nr. 24. b) Appel aaO. ist der Ansicht, daß es sich um eine bloße Formvorschrift handle, die nach Art. 55 EGBGB. ihre Bedeutung verloren habe, nicht um eine Beschränkung der Vertretungsmacht ihrer Organe.

2. Wohlfarth, JW. **13** 712 führt aus, § 88 aaO. bestimme nicht, daß Rechtsgeschäfte verpflichtenden Inhalts der besonderen Form bedürfen; lediglich Urkunden über solche Rechtsgeschäfte müßten in der Form aufgenommen werden. Der Gemeindevorsteher sei überhaupt nicht zivilrechtlicher Vertreter der Gemeinde, die Willensbildung komme der Gemeindeversammlung (-vertretung) zu. Sei der Gemeindebeschluß dem Gegner nicht mitgeteilt, so liege innere Willensentschließung ohne Wirkung nach außen vor. Der Gemeindevorsteher sei nicht imstande, formlos die Gemeinde zu verpflichten, dagegen müsse die formlose auf Grund des Gemeindebeschlusses ergangene Willenserklärung wirksam sein.

3. **RG. 83** 396 ff., JW. **14** 429 Nr. 21 wendet jene Formvorschriften nur auf die Übernahme von Verpflichtungen der Gemeinde an. Im übrigen sei der Gemeindevorsteher wie bei den Stadtgemeinden der Magistrat befugt, die Gemeinde, ohne an Formvorschriften gebunden zu sein, nach außen zu vertreten. Das gelte auch von der Kündigung, durch die nicht neue Verpflichtungen für die Gemeinde begründet würden; sie entnehme ihre Berechtigung aus dem bestehenden Rechtsverhältnis und bezwecke lediglich seine Auflösung für die Zukunft. — **RG.** JW. **14** 775 Nr. 22 läßt dahingestellt sein, ob etwa bei Geschäften der laufenden Verwaltung von der Formvorschrift abgesehen werden könne.

4. R. **14** Nr. 397 (OVG.). Die Anstellung eines Gemeindebeamten muß von dem Gemeindevorsteher als solchen ausgehen. Es genügt also nicht, daß die Anstellungsurkunde namens des kollegialen Gemeindevorstandes vollzogen wird.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Literatur: Christ, Eine Betrachtung über das Superädifikat, AÖstGZ. **14** 397 ff., 433 ff. — Freude, Wesentliche Bestandteile und Zubehör, DNotV. **14** 390 ff. gibt eine übersichtliche Darstellung der vom RG. aufgestellten Grundsätze, soweit sie in den amtlichen Entscheidungen und in der JW. abgedruckt sind. — Fuchs, Sind eingebaute Stahlkammeranlagen stets wesentliche Bestandteile des Bankgrundstücks? DJZ. **14** 301. — Mangold, Das Zündwarenkontingent, GruchotsBeitr. **58** 812 ff. — Scherer, Zum Begriffe des Zubehörs, ElsLothZ. **14** 281. — Schmidt, Die Verpfändung der Stromverteilungsanlage eines Elektrizitätswerkes, BayNotZ. **51** 184 ff.

§ 90. SchlHolstAnz. **14** 267 (Kiel). Elektrizität als Sache im Sinne des Pr. StempelsteuerG. vom 31. Juli 1895/30. Juni 1909.

§ 91. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte 423, 424. Die Verkehrssitte in normativem Sinne ist die maßgebende Regel. Die Parteien können nur vereinbaren, daß auf einen vertretbaren Gegenstand die darauf gemünzten Gesetzesregeln unanwendbar sein sollen oder umgekehrt, nicht aber daß eine nicht vertretbare Sache zu einer vertretbaren werde.

§ 92. Oertmann aaO. 424. Eine rein individuelle „Bestimmung" durch die Parteien ist nur in dem Sinne möglich, daß sie im Rahmen der Parteivereinbarung unter den Beteiligten den auf jene bezüglichen Regeln unterstehen solle.

§§ 93, 94, 97. Oertmann aaO. 451 ff. Über die Auslegung des Sachbestandteils- und Zubehörbegriffs. Zu verwerten sind die Auffassungen des Verkehrs, insbesondere bei der Frage, was als Veränderung des Wesens anzusehen ist, was zur Herstellung des Gebäudes eingefügt ist usw. Bei der Auslegung des § 94 fordert Oertmann im Gegensatze zum RG. die Anlegung eines individuellen Maßstabs, nicht eine allgemeine, verkehrsmäßige Beurteilung. — Die Verkehrssitte ist aber nur eines der möglichen Hilfsmittel für die Beurteilung des Einzelfalls. Als solche wird grundsätzlich nur die allen Beteiligten gemeinsame Verkehrsauffassung gewertet werden können, — wo eine solche fehlt, bleibt nichts übrig als zu anderen Momenten zu greifen.

§§ 93, 94. 1. OLG. **28** 15 (Naumburg) bejaht die Bestandteilseigenschaft von Türen eines Neubaus, obwohl sie noch nicht fertig lackiert und mit Schlössern und Beschlägen versehen waren. Für genügend erachtet, daß sie schon mit Bändern versehen waren, mit denen sie in die an den Pfosten sitzenden Angeln eingehakt werden konnten, zum größten Teil eingehängt, zum Teil nach Einpassung wieder ausgehängt waren (ZBlFG. **14** 679 Nr. 81). Ebenso HessRspr. **14** 114 (LG. Mainz).

2. a) KGBl. **14** 46 (KG.). Die in einem Wirtshause an die Warmwasserversorgungsanlage angeschlossenen Badewannen wesentliche Bestandteile des Wirtshauses. b) Nach Fuchs aaO. sind die eingebauten Stahlkammer- (Safe-) anlagen wesentliche Bestandteile eines Bankgrundstücks, das besonders für den Bankbetrieb errichtet ist, dagegen ist die Bestandteilseigenschaft regelmäßig zu verneinen, wenn sich die Anlage in Mieträumen der Bank befindet.

3. OLG. **28** 16 (München) verneint, daß Maschinen Bestandteile eines Schreinereianwesens seien, weil die Aufstellung derselben nur mit dem Gewerbebetriebe des augenblicklichen Besitzers der Schreinerei zusammenhing.

4. OLG. **28** 17 (Naumburg) verneint die Bestandteilseigenschaft der Beleuchtungsanlage einer Gastwirtschaft. Es handelte sich um Katalogware, die nicht eigens für das Grundstück hergestellt war und leicht durch eine andere ersetzt werden konnte.

5. OLG. **28** 18, ZBlFG. **14** 678 Nr. 84 (Düsseldorf) erachtete den Eigentumsvorbehalt bezüglich einer Gleisanlage eines Fabrikgrundstücks für gültig.

6. a) **RG. 83** 67 hat die Frage, ob bei Einbringung eines Grundstücks nebst dem darauf befindlichen Elektrizitätswerk in eine Aktiengesellschaft die Reichs-

stempelabgabe von Grundstücksübertragungen (RStempG. Tarif 11 b) auch auf denjenigen Teil des Entgelts zu erstrecken sei, der auf die mitübertragenen Außenleitungen und Transformatoren entfällt, verneint, weil diese nicht als Bestandteile, sondern als Zubehör anzusehen seien. Vgl. dazu Schmitt aaO., Die Verpfändung der Stromverteilungsanlagen. **b)** LeipzZ. **14** 1571 Nr. 1 (Stuttgart) hält unter Bezugnahme auf die Entscheidung zu a die Beantwortung der Frage, ob die mit einem Elektrizitätswerke verbundene Außenleitung wesentlicher Bestandteil des Werkes oder eine selbständige Sache sei, auf Grund des § 94 für unzulässig, da es dem Sprachgebrauche Gewalt antue, die von der Erzeugungsstelle ausgehenden, mit ihr lose verbundenen Röhren und Drahtleitungen, die sich über ein weites Nachbargebiet erstrecken, mit der Grundfläche oder dem Gebäude als festverbunden anzusehen. Die Beantwortung nach § 93 ergebe unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung, daß die Außenleitungen als dem Elektrizitätshaus und der Grundfläche ebenbürtige selbständige Sache anzusehen seien, wenngleich als Bestandteil des wirtschaftlichen Gesamtbetriebs. **c)** **RG.** WarnE. **14** 195 verneint, daß Einrichtungsgegenstände für eine Anlage zur Erzeugung elektrischer Kraft wesentliche Bestandteile eines Meiereigrundstücks seien. (Anders **RG. 69** 150, JW. **13** 1046 Nr. 16, wo festgestellt war, daß die elektrischen Maschinen für eine elektrische Licht- und Kraftanlage Bestandteile der Koksfabrik seien, die nach ihrer einheitlichen, für die Fabrikation von Koks bestimmten Herstellungsart als einziger körperlicher Gegenstand sich darstelle.) Vgl. JW. **14** 586 Nr. 1, R. **14** Nr. 1955—1957.

7. **RG.** JW. **14** 238 Nr. 1, GruchotsBeitr. **58** 883, WarnE. **14** 148, R. **14** Nr. 310, BayRpflZ. **14** 98, ZBlFG. **14** 679 Nr. 817 a zur Frage, ob Tanks und Gärbottiche Zubehör oder wesentliche Bestandteile eines Brauereigrundstücks sind: Für die Frage, ob hinsichtlich eines für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäudes die zu dem Betriebe bestimmten Gerätschaften Zubehör oder Bestandteile sind, ist — wie der erkennende (5.) Senat in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen hat — entscheidend, ob sie, auch nachdem sie zu dem eingerichteten Gebäude hinzugebracht worden, selbständige bewegliche Gegenstände geblieben sind oder ob sie ihre körperliche Selbständigkeit derart verloren haben, daß sie nur noch als Sachteile, als Stücke des etwa einen einzigen körperlichen Gegenstand bildenden eingerichteten Gebäudes in Betracht kommen. Vorliegend sind die Tanks und Bottiche — selbständige bewegliche Gegenstände. Sie stehen frei in Räumen des Gebäudes auf eisernen Füßen bzw. eisernen Schienen, die mit dem Boden verbunden sind. Daß sie, um ihnen eine größere Standhaftigkeit zu geben, durch eine zwei Zentimeter starke Zementschicht mit den Unterlagen verbunden worden sind, nimmt ihnen die körperliche Selbständigkeit ebensowenig, wie daß bei ihrer Entfernung aus den Räumen, in denen sie sich befinden, Öffnungen in den Wänden hergestellt und einige Änderungen in der Einrichtung der Räume vorgenommen werden müßten deswegen, weil sie wegen ihres großen Umfanges durch die Eingangstüren nicht hinausgeschafft werden könnten und weil der Art ihrer Aufstellung die Einrichtung der Räume entspricht (vgl. für ähnlich liegende Fälle JW. **11** 538 Nr. 2, **12** 128 Nr. 1, WarnE. **10** Nr. 190, **11** Nr. 163, **13** Nr. 80, 81).

§ 95. **RG.** GruchotsBeitr. **59** 108, R. **14** Nr. 1652, 1653, LeipzZ. **14** 1026 Nr. 1. Gebäude und maschinelle Einrichtungen, die der Pächter mit dem Pachtgrundstücke fest verbinden läßt, sind auch dann bewegliche Sachen, wenn es sich um einen langjährigen (25 jährigen) Pachtvertrag handelt. Ihre Übereignung erfolgt nach §§ 929, 930 BGB., also durch Einigung und leihweise Überlassung an den Pächter. Dauernde Verbindung anzunehmen bei der Aussaat oder wenn die Verbindung zur Erfüllung einer Verpflichtung dem Verpächter gegenüber, wie der Instandsetzung und Instandhaltung, erfolgt.

§ 96. 1. **RG. 83** 54 ff. Zündwarensteuerkontingente (§ 3 Abs. 1 ZündwarenStG. vom 15. Juli 1909 und Art. 1 G. wegen Änderungen des ZündwarenStG. vom 6. Juni 1911) gelten nicht als mit dem Eigentum an dem Fabrikgrundstücke verbunden (vgl. Mangold aaO. 834). Sie gehen also auf den Erwerber des versteigerten Grundstücks nicht über.

2. **RG. 83** 198 ff. Die mit einem Grundstücke verbundene Abdeckereigerechtigkeit Bestandteil des Grundstücks. Sie wird aber dadurch nicht Sachteil. Ein Mangel, der ihren Bestand betrifft, ist noch nicht ein dem Grundstück anhaftender Fehler. Das Gesetz steht nicht auf dem Standpunkte, daß ein Recht infolge seiner Verbindung mit einem Grundstücke zu einem wirklichen Bestandteile des letzteren werde. Es läßt vielmehr das Recht gegebenenfalls nur als Grundstücksbestandteil „gelten", d. h., es will das Recht nur so behandelt wissen, als wäre es ein Bestandteil, um nämlich auch auf Rechte diejenigen für Bestandteile vorgesehenen Bestimmungen in Anwendung bringen zu können, die eine derartige Anwendung überhaupt zulassen, namentlich also die Grundsätze von der dinglichen Haftung nach §§ 1120 ff. Darauf beschränkt sich der Zweck des § 96, und alle daraus zu ziehenden Rechtsfolgen finden auch dann ihre innere Rechtfertigung und sind auch dann möglich, wenn daran festgehalten wird, daß ein Recht ungeachtet seiner Verbindung mit einem Grundstück an seiner ursprünglichen Natur keinen Abbruch erleidet (201).

3. R. **14** Nr. 738 (PrOVG.). Ein Amortisationsfonds, der nach den statutarischen Bestimmungen eines Kreditinstituts für das Gut angesammelt wird, ist Bestandteil des Grundstücks, der mit dem Grundstück auf den neuen Eigentümer übergeht. Ebenso R. **14** Nr. 2377 (Hamburg), wo ausgesprochen ist, daß die betreffende Satzung Gesetzeskraft habe, entgegenstehende Abmachungen der Beteiligten ohne Wirkung seien. Ferner PosMSchr. **14** 5 (Posen) bezüglich des Amortisationsfonds der Westpreußischen Landschaft.

§ 97. 1. KGBl. **14** 57 (LG. III). Fastagen und Flaschen sowie deren Inhalt sind nicht Zubehör (Ausrüstung) eines Restaurationsgrundstücks für den Zweck des Betriebs, sondern Gegenstand des gewerblichen Betriebs als solchen wie die Branntweinvorräte.

2. OLG. **28** 19, ZBlFG. **14** 679 Nr. 815 (Königsberg) bejaht die Zubehöreigenschaft bezüglich der Materialien einer Brauerei (Pfannen, Pumpen, Transmission), die auf dem Grundstücke lagerten, ohne im Brauereibetriebe Verwendung gefunden zu haben. Die räumliche Beziehung sei schon dann gegeben, wenn das Zubehör auf das Grundstück geschafft, aber noch nicht an die dafür bestimmte Stelle gebracht worden sei (im Anschluß an **RG. 5** 272, **66** 356, JW. **07** 720, **10** 4).

3. **RG. 84** 284, JW. **14** 586 Nr. 2, R. **14** Nr. 1238. Die auf dem Baugrundstücke lagernden Baumittelstücke sind Zubehör des Grundstücks. Gleichgültig ist, daß sie zur Vollendung des Neubaus bestimmt sind und durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch ihre Selbständigkeit verlieren, wie aus § 98 hervorgeht (vgl. **RG. 66** 359, **77** 36, Scherer aaO. 281).

4. SächsOLG. **35** 99 (Dresden) erkennt Maschinen als Zubehör des von dem Grundstück abgeschriebenen Kohlenbergbaurechts an.

5. Österreichisches Recht. Nach §§ 294, 297 ABGB. liegt das konstitutive Element des Zubehörs im Willen des Eigentümers bzw. des zur Verfügung über die Sache Berechtigten. Daher hat der ÖstObGerichtshof, JBl. **14** 325 Beil. Nr. 27 entschieden: Die Pertinenzqualität einer in einem technischen Betrieb eingestellten Maschine wird nicht dadurch aufgehoben, daß die Maschine zum Zwecke der Reparatur von dem Betriebe zeitweilig losgetrennt wird, wohl aber dadurch, daß die Sache aus der für das Zugehörverhältnis erforderlichen Verbindung mit dem Willen des Eigentümers absichtlich und für immer herausgenommen wird.

6. Abs. 1 Satz 2 (JDR. **10** 6). a) Oertmann aaO. 426 ff. Es entscheidet die Verkehrssitte am Orte der res sita. — Die Vorschrift ist zwingend, es gibt keine „gewillkürten" Pertinenzen. Eine entgegenstehende obligatorische Abrede ist zulässig, aber außerstande, die Sache zu wirklichem Zubehör mit allen damit verbundenen Wirkungen zu machen.

b) Beweislast. α. **RG.** JW. **14** 460 Nr. 1, R. **14** Nr. 739, LeipzZ. **14** 928 Nr. 2. Wenn die Voraussetzungen der Zubehöreigenschaft nach § 97 Abs. 1 Satz 1 vorliegen, muß die Partei, die behauptet, die Verkehrsauffassung sei eine andere, diese Behauptung beweisen. Die Vermutung einer Dauer der Verkehrssitte ist nicht anzuerkennen, die Verkehrssitte paßt sich den zeitlichen Verhältnissen an. β. **RG.** JW. **14** 914 Nr. 1 läßt den Beweisantritt durch Vernehmung eines Sachverständigen (Immobilienmaklers) darüber zu, daß die Möbel einer Pension nach der Verkehrsauffassung nicht zum Zubehöre der Villa gehörten (vgl. OLG. **28** 20).

§ 99. Oertmann aaO. 430. Geht die „Bestimmung" vom Verkehr aus oder von dieser oder jener Person? Jedenfalls kann die Verkehrsauffassung als maßgebender Ausfüllungsbegriff möglicherweise in Betracht kommen, wie im Schweiz. ZGB. Art. 643 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen ist.

§ 102. *Fraeb, Wirtschaftsrecht und Fruchtgenuß im Rechtsgange des Enteignungsverfahrens, ZBlFG. **14** 615—620. Wenn man mit dem RG. den Zeitpunkt des Entschädigungsfeststellungsbeschlusses nach dem preußischen Enteignungsgesetz entscheidend sein läßt für die Abschätzung des dem Enteigneten gebührenden Schadensersatzes, so wird man weiter auch mit dem RG. sagen müssen, daß der Zwangsverkauf hiermit perfekt geworden sei. Der Eigentümer ist nunmehr verpflichtet, die Grundstücke gegen die Entschädigungssumme herauszugeben. Mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses geht aber das Eigentum ipso iure auf den Übernehmer über und damit gleichzeitig auch das Eigentum an den noch ungetrennten Erzeugnissen der Grundstücke, da diese nach § 94 BGB. wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind und solche gemäß § 93 BGB. nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Der Enteignete müßte also die ungeernteten Früchte mit herausgeben und könnte höchstens Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten insoweit verlangen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen gemäß § 102 BGB. — Man könnte einwenden, der Eigentümer möge seinen Besitz mit dem Augenblicke des Entschädigungsbeschlusses als verloren ansehen und keine Aufwendungen mehr für die Grundstücke machen. Allein dagegen spricht die Bestimmung der PrEnteignungsG. § 36 Abs. 2, wonach die Entschädigungssumme erst vom Tage der Enteignung an verzinst wird. — Gerade diese Tatsache führt dazu, die Auffassung des RG. für unzweckmäßig zu halten. An sich müßte der Zeitpunkt, von dem ab der Expropriat Anspruch auf Zinsen der Entschädigungssumme hat, der Zeitpunkt der Wertfeststellung sein, denn von diesem Zeitpunkt an ist die Enteignung perfekt und der Expropriat berechtigt, die Zahlung der festgestellten Entschädigung gegen Abtretung der Grundstücke zu verlangen. — Nach der herrschenden Ansicht bekommt der Eigentümer nur 4 pCt. Zinsen der Entschädigungssumme statt der Ernte, auf die er seinen ganzen Erwerbsfleiß gewandt hatte. Im Hinblicke hierauf und unter Berücksichtigung des Umstandes, daß im § 8 ausdrücklich verlangt wird, daß der „volle Wert" ersetzt werden solle, erscheint es willkürlich, wenn für die Wertbemessung der Sache ein früherer Zeitraum zugrunde gelegt wird, als derjenige, von dem an die Entschädigungssumme und ihr Zinsertrag dem Eigentümer zur Verfügung steht. Ist der Quasikontrakt im Momente des Erlasses des Entschädigungsfeststellungsbeschlusses perfekt und ist damit für den Unternehmer der Anspruch auf Herausgabe der Grundstücke entstanden, so doch gleichzeitig für den Expropriaten derjenige auf Zahlung des Kaufpreises, der Zug um Zug zu leisten ist. So sind die Verpflichtungen aber gar nicht entstanden, sondern

nur in der Form, daß der Unternehmer am Tage der Zustellung des Enteignungsbeschlusses gegen Zahlung der Entschädigungssumme Herausgabe der Grundstücke verlangen kann. Die Obligationen sind noch in der Schwebe. Da beiderseits Sachen von wirtschaftlichem Werte geschuldet werden, so muß bei Entstehen der Verpflichtungen die Veränderung, die in der Schwebezeit mit beiden geschuldeten Leistungen eintreten kann, berücksichtigt werden. — Deshalb erscheint es zweckentsprechend und dem Sinne des Gesetzes angepaßt, den Enteignungsbeschluß für die Wertbemessung entscheidend sein zu lassen. § 8 Abs. 1 spricht hierfür. Danach sollen nicht die zur Zeit der Abschätzung vorhandenen Früchte voll ersetzt werden, sondern die „enteigneten" Früchte. Dazu gehören aber diejenigen, die vom Expropriaten in der Zeit zwischen Feststellungs- und Enteignungsbeschluß gebaut und bei Zustellung des letzteren Beschlusses noch nicht getrennt und deshalb in das Eigentum des Übernehmers übergegangen sind. Ein weiteres Argument ergibt sich e contrario aus § 13. Danach wird für Anpflanzungen beim Widerspruche des Unternehmers eine Vergütung nicht gewährt, wenn aus dem Zeitpunkt ihrer Errichtung oder den sonst obwaltenden Umständen erhellt, daß sie nur in der Absicht vorgenommen sind, eine höhere Entschädigung zu erzielen. Nach dem Willen des Gesetzes darf der Expropriat bis zur Zustellung des Enteignungsbeschlusses die Sache nutzen, d. h. aber sie ihrer wirtschaftlichen Bedeutung entsprechend gebrauchen, denn von da ab erhält er erst die Zinsen der Entschädigungssumme.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Literatur: Fuchs, Rechtsgeschäfte unerkennbarer Geisteskranker, JW. **14** 1011—1015. — Derselbe (gegen Wolff), Soziologische Rechtslehre, JW. **14** 270. — Josef, Versicherungsverträge Geisteskranker, SächsRpflA. **14** 174 ff. — Leonhard, Irrenschutz und Verkehrsschutz, BankA. **13** 143. — Püschel, Die Rechtsgeschäfte Geisteskranker, JW. **14** 564. — Thürling, Zahlung der Bank an geisteskranke Konteninhaber, JW. **14** 322. — Wolff, Die moderne Art der Rechtsfindung (zu § 105 BGB.), JW. **14** 121 ff.

§ 104. 1. **RG.** WarnE. **14** 225. Bloße Geistesschwäche schließt die Geschäftsfähigkeit nicht aus, auch nicht bei einem Verlöbnisse (vgl. JW. **11** 179 Nr. 1).

2. **RG.** WarnE. **14** 151. Die Geschäftsunfähigkeit im Sinne des § 104 Nr. 2 schließt nicht aus, daß der Geisteskranke einzelne Geschäfte, in denen keine Berührung mit seinen krankhaften Vorstellungen oder Trieben stattfindet, vollkommen ordnungsmäßig erledigt. Eines besonderen Nachweises dafür aber, daß der geschäftsunfähige Geisteskranke auch gerade bei dem einzelnen Geschäft, um das es sich handelt, unter dem Einflusse seiner krankhaften Vorstellungen oder Triebe gestanden habe und von ihnen beherrscht gewesen sei, bedarf es nicht.

§ 105. 1. Die Abhandlung von Danz, JW. **13** 1016 ff. (vgl. JDR. **12** 18 Ziff. 1): Sind alle Rechtsgeschäfte eines Geisteskranken nichtig? hat bei der praktischen Bedeutung der Streitfrage lebhafte Erörterungen hervorgerufen, die zum Teil von der grundsätzlichen Stellungnahme zum juristischen Methodenstreit beeinflußt sind. Gegen Danz wendet sich vor allem Wolff aaO. Der Gesetzgeber habe auch die nachteiligen Folgen gewollt, und das sei zu respektieren. Die rechtschaffende Tätigkeit des Richters nach Danzscher Methode sei Gelegenheitsmacherei im schlimmsten Sinne. Wer den Einzelfall dicht vor Augen habe, befinde sich in der denkbar ungeeignetsten Geistesverfassung für gesetzgeberisches Denken. Gegen Danz auch Püschel, JW. **14** 564. Ferner Josef, SächsRpflA. **14** 174 ff.: Daß § 105 bezwecke, dem Geisteskranken Schutz zu gewähren, könne nicht schlechthin zugegeben werden. Der Grund sei nach den Mot. I 129 (vgl. l. 12 D. 44, 7) das mangelnde Erkenntnisvermögen, also ein physisch-natürlicher. Da der Gesetzgeber die allgemeine Schlußfolgerung gezogen, so sei sie ohne Rücksicht

auf die unerwünschten Folgen, wie im Falle des Versicherungsvertrags, bindend. Vgl. auch Silberschmidt, BayRpflZ. 14 163, BankA. 13 143, und Stampe, AzivPr. 108 53. Zustimmend im Danzschen Sinne: BayNotZ. 14 142 ff. Vor allem bekämpft *Fuchs, Soziologische Rechtslehre, JW. 14 270 die Ausführungen von Wolff, JW. 14 121, als Formaljurisprudenz. Die ergänzenden, erweiternden, einschränkenden Richterrechtssätze werden nicht bloß für die konkreten Fälle gebildet, sondern anläßlich ihrer ausgesprochen als Regeln für alle gleichgelagerten Fälle. Die §§ 133 u. 157 BGB. sind durch die neuerliche Rechtsprechung tatsächlich auf die gesetzlichen Normen entsprechend angewendet worden. Die neue Denkweise bedeutet eine juristische Achsendrehung nach der Welt der Tatsachen und des Wirtschafts- und des Gesellschaftslebens hin. Sie verlangt — wie Bergsons Intuitionsphilosophie — starke Persönlichkeiten als Richter und Mut, sowie Einfühlungsfähigkeit und die Einsicht, daß man etwas erleben müsse, um es zu erkennen. Vgl. ferner *Fuchs, Rechtsgeschäfte unerkennbar Geisteskranker, JW. 14 1011—1015. Die lucida intervalla des römischen Rechtes sind nichts anderes als unsere unerkennbar Geisteskranken. Der Ausschluß der lucida intervalla im BGB. schafft einen Zustand unerträglicher Rechtsunsicherheit. Die Beschränkung der Entschädigungspflicht aus § 829 BGB. auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen ist ohne innere Begründung. Zur Abhilfe bedarf es nicht einer Novelle. Nach der im wesentlichen durchgedrungenen neuen — soziologischen — Art der Rechtsfindung hat das RG. in zahlreichen Entscheidungen abstrakte Prinzipien durch Richterhilfssätze bei besonderen Interessenlagen außer Geltung gesetzt, wo sonst ein dem allgemeinen Rechtsgefühl und dem Verkehrsbedürfnis in hohem Maße widersprechendes Ergebnis herausgekommen wäre. Ein diese jetzt schon bestehende lückenergänzende Macht des Richtertums aussprechender Rechtssatz ist an die Spitze des BGB. zu stellen. — Die Tragweite der Frage erhellt aus der Zusammenstellung, die Bernstein, JW. 14 1015 ff. über tatsächlich vorgekommene Fälle der Praxis mitteilt, in denen gutgläubigen Vertragsgegnern unerkennbar geisteskranker Personen infolge des bestehenden Rechtszustandes unbillige Nachteile erwachsen sind. Es wird daraus die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Einschreitens hergeleitet. Der billige Ausgleich zwischen den beiden einander gegenüberstehenden Interessen liege in der Gewährung eines Anspruchs auf das negative Vertragsinteresse an den gutgläubigen Vertragsgegner. Empfehlenswert sei auch die Veröffentlichung des Entmündigungsbeschlusses. Leonhards Irrenschutz und Verkehrsschutz, BankA. 13 143, empfiehlt gleichfalls Gesetzesänderung. Die Schriftleitung weist auf das französische Recht hin, nach welchem der Geisteskranke die Rechtstellung eines Geistesgesunden besitzt, solange seine Entmündigung nicht erfolgt ist oder seine Geisteskrankheit nicht offenkundig (notoirement) besteht.

2. Thürling, Zahlungen der Bank an geisteskranke Konteninhaber, JW. 14 322 gibt Josef, R. 13 769 ff. zwar zu, daß der Bank mit der Zahlung mindestens eine condictio possessionis erwächst, lehnt aber gegen Josef ab, daß der Anspruch mit der Verausgabung des Geldes in eine Summenschuld übergehe. Durch die Veräußerung seitens des Geisteskranken erwerbe der Dritte nicht Eigentum, die Bank sei nur auf den Anspruch auf Abtretung der condictio possessionis beschränkt.

3. Klein, Die Rechtshandlungen im engeren Sinne 71, bejaht die analoge Ausdehnung des § 105 Abs. 2 auf die Begründung und Aufgabe des freiwilligen Wohnsitzes.

§ 107. 1. a) KGJ. 45 237 ff. (KG.). Die auf den Erwerb des Eigentums an einem Grundstücke gerichtete Einigungserklärung des Erwerbers ist eine Willenserklärung, durch die der Erwerber nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (aM. IDR. 7 2 [BayObLG.]). Ein Minderjähriger bedarf daher zur Entgegennahme

der Auflassung eines Grundstücks der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, und zwar auch dann, wenn die Auflassung schenkungsweise erfolgt und das Grundstück unbelastet ist. b) Über den „lediglich rechtlichen Vorteil" vgl. Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 15 ff.; 38 ff.

2. **RG.** R. 14 Nr. 2965. Mit der Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Auftrage, den ein Minderjähriger ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters übernommen, wird das Rechtsgeschäft zu einem solchen, das dem Kläger nur Vorteil bringen kann. Daher bedarf der Minderjährige, der bei der Ausführung des Auftrags verletzt worden, für den Schadensanspruch nicht mehr der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters.

§ 111. **RG.** 84 317 ff. Der Minderjährige kann sich ohne vorherige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen (vgl. zu § 797 Nr. 5 ZPO.).

§ 112. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte 430. Neben der individuellen Eigenart gerade dieses Geschäftsbetriebs kann auf die Verkehrssitte zurückgegriffen werden. Im § 113 kommt es im wesentlichen auf die Auslegung des konkreten Parteiwillens an.

§ 113. Oertmann aaO. 257. Abs. 4 geht nicht auf die Rechtsfolge, sondern auf den nach Abs. 1 des Paragraphen davon getrennt gehaltenen Tatbestand: Auslegungsregel.

§ 114. OLG. 28 282 (KG.). Verschweigen der Entmündigung als Verstoß gegen die guten Sitten und Grundlage der Klage aus § 826.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Literatur (zugleich zum Dritten Titel): Bading, Scheinerklärungen, GruchotsBeitr. **58** 769—778. — Derselbe, Irrtum und Dissens, JW. **14** 600—612. — Baum, Wettbewerbsverbot. — Bittinger, Kartellverträge, gute Sitten und Gericht, DRZ. **14** 386 ff. — Brandis, Der 1500-M.-Vertrag, DJZ. **14** 819 f. — Breit, 1500-M.-Verträge zur Ausschließung von Gehaltspfändungen 1914. — Danz, Zum Verhältnisse von Sprache, Willen und Erklärung, R. **14** 149 ff. — Derselbe, Zum Wandel der Wortbedeutung, LeipzZ. **14** 1280 ff. — Derselbe, Die Auslegung der Formvorschriften in der reichsgesetzlichen Rechtsprechung, JW. **14** 665. — Eisner, Über die Nichtigkeit von Abzahlungsgeschäften, JW. **14** 263. — Fischer, Die Sicherungsübereignung als Verstoß gegen § 826 BGB., BankA. **13** 141 ff. — Fraeb, Vermittlerbetrug bei telephonischem Geschäftsabschlusse, ZStW. **35** 589 ff. — Derselbe, Über Mahnung und Unterbrechung der Verjährung, JW. **13** 1091 ff. — Francesco Ferrare, Della simulazione dei negozi giuridici. Milano 1913. — Gittler, Schiebung und Umschreibung des Gewerbebetriebs, JW. **14** 669. — Gleim, Zur Lehre von der Konversion, PosMSchr. **14** 101. — Havenstein, Verstößt der 1500-M.-Vertrag gegen die guten Sitten? JW. **14** 733 ff. — Henle, Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung, Festschrift für Zitelmann 1913. — Hipp, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Verträge mit sog. Automatenfirmen, BayRpfl. **14** 225 ff. — Jaeger, Lohnverträge zugunsten Dritter, LeipzZ. **14** 1065 ff. — Kiehl, Zur Auslegung der §§ 123, 166, JW. **14** 497 ff. — Klein, Die Risikoverteilung in § 130 BGB., ÖstZBl. **14** 12 ff. — Derselbe, Studien zur Rechtsgeschäftslehre, ABürgR. **40** 196 ff. — Kluckhohn, Zur Haftung des schadensersatzberechtigten, betrogenen Käufers, ABürgR. **40** 202 ff. — Levin, Über den 1500-M.-Vertrag in den Gutachten für den 32. DJT. I 87 ff. — Mache, Die Vollstreckung trotz Gehaltsverträgen, JW. **14** 735. — Mansfeld, Genehmigung gefälschter Unterschriften, LeipzZ. **14** 801 ff. — Derselbe, Auslegung wechselmäßiger Erklärungen, LeipzZ. **14** 1089 ff. — Marquardt, Anfechtung wegen Irrtums über die Kreditwürdigkeit, LeipzZ. **14** 824 ff. — Moos, Inwieweit ist die Erklärung, einer GmbH. beizutreten, anfechtbar? JW. **14** 506. — Oertmann, Zur Frage der Anfechtbarkeit des 1500-M.-Vertrags, RuW. **3** 235 ff. — Derselbe, Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, R. **14** 8 ff. — Derselbe, Rechtsordnung und Verkehrssitte 1914 (vgl. dazu DJZ. **14** 649 ff.). — Plum, Anfechtung einer Beitrittserklärung zu einer GmbH., R. **14** 325. — Riehl, Arglistige Vorspiegelungen bei Gelegenheit des Kaufabschlusses, R. **14** 469 ff. — Roth, Recht und Billigkeit, RuW. **3** 46 ff. — Rumpf, Die Schriftform des § 126 BGB. usw., JW. **14** 1019 ff. — Derselbe, Die Auslegung der Formvorschriften in der

reichsgesetzlichen Rechtsprechung, JW. **14** 445. — Sautter, Noch ein Wort über Anfechtung von Gehaltsverträgen, PosMSchr. **14** 32 ff. — Schubart, Nichtigkeit von Gehaltsverträgen, JW. **14** 441. — Silberschmidt, Unwirksamkeit und Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, BayRpflZ. **14** 160. — Stein, Der 1500-M.-Vertrag, BuschsZ. **44** 425 ff. — Volkmar, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete der Gehaltsschiebungsverträge, KGBl. **14** 83. — Wehrmann, Die Wirkungen der Verfügungsbeschränkungen bei Weiterveräußerung eines Grundstücks wegen des Zwangsversteigerungsverfahrens, BayNotZ. **51** 81 ff. — Wolff, Zum Sittengesetz, LeipzZ. **14** 1268 ff. — Wolzendorff, Zur Frage der Konkurrenz von Eigenschaftsirrtum und Mängelgewähr, JheringsJ. **64** 311ff.

§§ 116—118. Bading, Scheinerklärungen, GruchotsBeitr. **58** 769—778, bekämpft **RG. 78** 372 ff., wonach § 116 Satz 1 sinngemäß anzuwenden sei, wenn jemand ausdrücklich einen Vorbehalt kundgibt. Die Erklärung sei nach §§ 133, 157 BGB. in diesem Falle einheitlich zu beurteilen und nichtig. — Zur Nichtigkeit nach § 117 genüge eine zweifellose Schein*erklärung* nicht, erforderlich sei auch der übereinstimmende Schein*wille* beider Parteien. Der im § 118 zugrunde liegende Tatbestand sei als ein besonders geregelter Fall des § 119 zu behandeln, aber nicht, wie Danz meine, nach § 119 zu beurteilen. (Wer aus dem törichtsten Grunde glaube, der Gegner müsse seine Erklärung als Scherz oder überhaupt als nicht ernsthaft gemeint erkennen, könne nicht lediglich wegen seiner subjektiven Meinung bewirken, daß der gewollte Erfolg, nämlich keine Rechtswirkung eintrete.)

§ 117. I. a) **RG.** JW. **14** 587 Nr. 3, WarnE. **14** 196. *Unterschied zwischen einem Scheingeschäft und einem ernstlichen Geschäfte*, bei dem der Kläger als *Mittelsperson* (stiller Stellvertreter) und für fremde Rechnung als wirkliche Vertragspartei handelte. b) Gittler, Schiebung und Umschreibung des Gewerbebetriebs, JW. **14** 669. Die Etablierung der Frau sei keine fiducia, überhaupt keine Einräumung eines Rechtes, sondern die Betätigung eines Persönlichkeitsrechts der Ehefrau. Die Zuwendung von Vermögensbestandteilen seitens des Ehemanns dagegen sei nach dem Anfechtungsgesetze zu beurteilen, gleich, ob der Geschäftsbetrieb der Frau sich „fiduziarisch" oder in der Form der stillen Gesellschaft oder GmbH. vollziehe (gegen Riedinger, JW. **13** 1162 ff.). Vgl. auch *Levin, DJZ. **32** 68 ff.: Der Mann, der in dem neu gegründeten Geschäfte der Frau tätig ist, überträgt nicht von sich aus Rechte auf die Frau, sondern er erwirbt sie von vornherein in ihrem Namen. Will man gleichwohl mit Riedinger die Frau nach innen, im Verhältnisse zu ihrem Ehemann als Fiduziarin in dem Sinne ansehen, daß sie von den formell für sie erworbenen Rechten nur nach Maßgabe des inneren Rechtsverhältnisses Gebrauch machen darf, dann liegt der Schwerpunkt immer in dem, was die Beteiligten nach innen gewollt haben. Diesen ernsthaften Willen zu respektieren und zur Geltung zu bringen, ist gerade die besondere Eigentümlichkeit des fiduziarischen Rechtsverhältnisses. — So wie Riedinger das Rechtsverhältnis aufgefaßt wissen will, ist es eben von den Beteiligten nicht gewollt. Nicht nur negativ ist die Schranke des wirklich gewollten Rechtsverhältnisses zu beachten, positiv geht der Wille der Beteiligten auch von dem durch Riedinger eingenommenen Standpunkte dahin, daß der Mann allerdings einen Anspruch hat, aber keinen, an den sich seine Gläubiger halten können. Was das Geschäft verdient, soll entweder für den Unterhalt der Familie verwandt oder zum Geschäftskapitale geschlagen werden. Die Gläubiger des Mannes könnten aus seinem Rechte immer nur diese bestimmungsmäßige Verwendung verlangen, nicht mehr. Dieser Anspruch des Ehemanns gegen die Frau ist ein höchst persönlicher, nicht abtretbar (§ 399 BGB.) und daher nicht pfändbar (§ 851 ZPO.). c) Anders zu beurteilen ist der Fall **RG.** JW. **14** 867 Nr. 6, wo ausgesprochen ist, daß der von einem stillen oder mittelbaren Stellvertreter gemachte Erwerb einer Forderung von dessen Gläubigern in Anspruch genommen werden könne. d) Die Entscheidung zu c nimmt Bezug auf **RG. 84** 214 ff., wo mit besonderer Klarheit der Begriff des

Treuhänderverhältnisses bestimmt wird. Ein Händler hatte ein Grundstück zu Eigentum erworben, und zwar nach der Behauptung der damaligen Klägerin in ihrem Auftrag und mit ihren Mitteln. Der Beklagte hatte wegen einer vollstreckbaren Forderung gegen den Händler Mietforderungen des Schuldners gegen mehrere im Grundstücke wohnende Mieter gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen. Die Widerspruchsklage der Klägerin abgewiesen. RG. führte aus: Habe der Händler das Grundstück in ihrem Auftrag und für ihre Rechnung erworben, so sei er dabei zwar der stille Stellvertreter der Klägerin gewesen. Dieser stehe aber nur gegenüber dem Händler ein schuldrechtlicher Anspruch zu. Ein Treuhänderverhältnis bestehe nicht. (In **RG. 79** 121 habe es sich nicht um einen reinen Fall der stillen Stellvertretung gehandelt. Die dort durch eine Hypothek sichergestellten Bauforderungen hätten zum Vermögen der damaligen Kläger gehört und seien von ihnen ihrem Vertrauensmann in der Form der Hypothek anvertraut, d. h. sachlich übereignet worden, in der Absicht, daß er zwar das Hypothekenrecht in eigenem Namen ausüben, darüber jedoch nur zum Vorteile der Kläger verfügen sollte.) Von einem solchen Treuhänderverhältnisse kann man schon nach den allgemeinen Verkehrsbegriffen, jedenfalls aber im Rechtssinne, nur dann sprechen, wenn der eine (Treugeber) aus seinem Vermögen dem anderen (Treuhänder) einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, und zwar derart, daß der andere das übertragene Gut im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteile gebrauchen soll. Das Treugut scheidet hierbei rechtlich, wenn auch nicht wirtschaftlich, aus dem Vermögen des Treugebers aus. Der Begriff des Treuhänderverhältnisses würde aber völlig ins Unbestimmte zerfließen, wenn man dabei von dem Erfordernisse des „Anvertrauens zu treuen Händen" ganz absehen und ein solches Verhältnis überall schon da als vorhanden ansehen wollte, wo jemand im Auftrag eines anderen für dessen Rechnung, aber im eigenen Namen handelt (217). **e)** Im Falle **RG.** GruchotsBeitr. **59** 142 hatte der Kläger einen Geschäftsanteil an X. zur unbeschränkten Verfügung übertragen, im inneren Verhältnisse zum Kläger erst dann, wenn er den auf 3000 M. festgesetzten Kaufpreis bezahlt hätte oder 5 Jahre zur Zufriedenheit der Gesellschaft deren Geschäftsführer geblieben wäre. Die Übertragung der Rechte bestand fort, auch wenn jede der beiden Bedingungen für den Vollerwerb ausgefallen wäre. Daher die Klage gegenüber dem Konkursverwalter des Nachlasses auf Feststellung des Eigentums für nicht begründet erachtet, wohl aber der eventuelle Antrag auf Feststellung der Rückübertragungspflicht, da nach ständiger Rechtsprechung dem Treugeber für seinen Anspruch aus dem Treuhänderverhältnis auf Rückübertragung im Konkurse des Treuhänders ein Aussonderungsanspruch gewährt wird (**RG. 79** 122, **45** 80 ff.). **f) RG. 84** 304 ff., JW. **14** 638 Nr. 1 über die rechtliche Bedeutung des sog. Strohmanns als Geschäftsinhabers. Die auf besondere Zusage gestützte Klage auf Befreiung von den neu eingegangenen Geschäftsverbindlichkeiten zugesprochen und der Einwand der Sittenwidrigkeit verworfen. Die Abrede bezwecke ausdrücklich, wie den Kläger, so mittelbar auch die neuen Gläubiger, zu sichern; sei also ernstlich gemeint und bezwecke einen rechtmäßigen Erfolg.

II. Sicherungsabtretung und Sicherungsübereignung. 1. **a) RG.** R. **14** Nr. 2034. Gegen die Scheinnatur einer Sicherungsabtretung spricht es im Zweifel, wenn das zugrunde liegende Darlehn tatsächlich gegeben worden ist. **b) RG.** JW. **14** 830 Nr. 6. Mit einer Forderungsübertragung verträgt es sich und wird bei Sicherungsübertragungen häufig vorkommen, daß der Abtretende von dem neuen Berechtigten, dem Abtretungsempfänger, ermächtigt wird, die Forderung für dessen Rechnung einzuziehen. Eine Abmachung aber, wonach dem Abtretenden schlechthin die weitere Verfügung über die übertragenen Forderungen verbleibt, und er berechtigt ist, sie für sich geltend zu machen, den Einziehungsbetrag nach seinem

Ermessen in seinem Geschäftsbetriebe zu verwenden, ist mit dem Wesen der Rechtsübertragung unvereinbar; eine solche Rechtsübertragung ist nicht ernstlich.

2. a) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 432 ff. Ein Darlehnsvertrag in Verbindung mit einer Sicherungsübereignung kann auch in die Form eines Kaufvertrags gekleidet werden. Der Käufer überkommt wie ein Beauftragter die Pflicht, die übereigneten Gegenstände für den fiduziarischen Veräußerer treulich zu verwahren und dessen Interessen bei der zum Zwecke seiner Befriedigung vorgenommenen Veräußerung wahrzunehmen (im Anschluß an **RG. 76** 345, JW. **11** 581 Nr. 23). Vgl. JW. **14** 76 Nr. 8. **b**) NaumburgAK. **14** 27 (LG. Halle) nimmt das Vorliegen eines Scheingeschäfts an, weil ein Gastwirt mit Ausnahme der Leib- und sonstigen Wäsche nicht nur die Einrichtung der Wirtschaft, sondern auch Teile der unentbehrlichsten Wohnungseinrichtungen, an denen der Brauerei nichts gelegen sein konnte, mit verkauft hatte.

c) Die Sicherungsübereignung jetzt auch anerkannt in der Entsch. des ÖstOGH. ÖstZBl. **14** 428 ff. (wie schon früher die Sicherungszession von Buchforderungen). § 424 ABGB. verlange einen Vertrag als gültigen Titel zur derivativen Eigentumserwerbung, auch ein Innominatkontrakt sei ein ausreichender Titel. Nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit könnten die Parteien die beabsichtigte Kreditsicherung in jeder gesetzlich zulässigen Form durchführen, nicht nur in der typischen der §§ 1324—1374. Dagegen wendet sich Geller aaO. 430 ff. unter Hinweis auf Pfersche, ZBl. **30** 725. Er bezeichnet die letztere Ausführung des OGH. als „dialektischen Bluff". Früher, solange sich der selbständige Pfandvertrag noch nicht herausgebildet und dem Kredite keine andere Rechtsform zur Verfügung gestanden habe, als das Eigentumspfand des deutschen und die fiducia des römischen Rechtes, habe man das Geschäft nur als bedingte Übertragung auffassen können. Heute könne man die Übereignung zur Sicherung einer Forderung, verbunden mit dem Rückfalle nach Zahlung der Forderung, nur als Verpfändung auffassen. Die Übereignung zur Sicherung sei keine Übereignung, da sie in Wirklichkeit nicht den Umsatz des Gegenstandes, sondern lediglich dessen Verhaftung für die Forderung bezwecke (vgl. zu § 771 ZPO.). Den grundsätzlichen Standpunkt hat der österreichische Gerichtshof aufrechterhalten in der Entsch. vom 8. Januar 1914 aaO. 684 ff., aber strenge Handhabung der Vorschriften über die Sinnfälligkeit des Eigentumsüberganges verlangt (§§ 427, 428 ABGB.). Dagegen Daninger, Einführung der Sicherungsübereignung durch die Rechtsprechung, JBl. **14** 505 ff. **d**) Über die Buchung von Sicherungsübereignungen Haas, LeipzZ. **14** 61 ff. und Friedmann, LeipzZ. **14** 927 (vgl. auch zu § 138 Nr. 18).

III. KGJ. **44** 223 ff. (KG.). Eine Scheinauflassung liegt vor, wenn die Form der gegenseitigen Übertragung von Miteigentumsanteilen dazu benutzt werden soll, den bloßen Anschein einer Rechtslage herbeizuführen, wie sie nach § 4 Abs. 1 PrJagdO. zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes erforderlich ist (vgl. bereits JDR. **12** Ziff. 10 zu § 117). Ebenso SchlHolstAnz. **14** 266 (KG.).

IV. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. **RG.** LeipzZ. **14** 586 Nr. 15, SeuffA. **69** 231 bejaht die Frage, ob ein nichtiges Scheingeschäft sich als ein nach dem AnfG. anfechtbares Geschäft darstellen kann. (Durch eine Scheinabtretung war N. N. nach außen als Inhaber einer Grundschuld urkundlich legitimiert; eine Wirkung, die schon an und für sich für den Vermögensstand des Schuldners lästig und für seine Gläubiger nachteilig war. Die Legitimation mußte beseitigt werden, und es bestand die Gefahr, daß die Grundschuld weiter veräußert werden konnte.)

V. Der 1500-M.-Vertrag. Vgl. auch unten § 138 Nr. 18. 1. Stein, BuschsZ. **44** 425 ff. (Vortrag in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin vom 14. März 1914) hält den Vertrag grundsätzlich für ein Scheingeschäft und deshalb für nichtig (vgl. insbesondere 441 ff.). Ein wirklich selbständiges Recht der Frau könne nur angenommen werden, wenn der Anspruch der Frau abgetreten

worden wäre. Es liege ein Treuhandgeschäft vor, aber kein ernstlich gemeintes. Ein wichtiger Prüfstein sei, ob der Prinzipal (bis 5000 M.) für den Angestellten klebe und (bis 2500 M.) die Krankenversicherung eintrete. — 437 ff. wird zugegeben, daß aus dem Charakter als Umgehungsgeschäft nichts herzuleiten sei, weil nach dem BGB. ein unverbotenes Geschäft nicht nichtig sei, wenn es einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg erreiche. — Verneint wird, daß der Vertrag gegen § 134 StGB. verstoße, weil das Lohnbeschlagnahmegesetz zwar die Verfügung über den unpfändbaren, aber nicht über den pfändbaren Betrag verbiete. § 288 StGB. bedinge nicht die zivilrechtliche Nichtigkeit. — Über die Voraussetzungen der Anwendung des § 288 StGB. bei Abschluß des 1500-M.-Vertrags vgl. **RG.** [Strafs.] BayRpflZ. **14** 361.) — Mit der Anerkennung der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten sei nicht viel geholfen, weil gemäß § 139 Nichtigkeit des ganzen Geschäfts anzunehmen sein würde und die prekäre Notwendigkeit bestände, eine künstlich konstruierte Bereicherungsforderung gegen den Prinzipal zu pfänden.

2. Oertmann aaO. 235 und Levin aaO. 100 verneinen, daß die Frage nach der Scheinnatur des Vertrags von vornherein bejaht werden könne. In der Mehrzahl der Fälle sei die Vereinbarung ernst gemeint; die Beteiligten wollten einen ernsthaften Rechtserfolg, die selbständige Empfangsberechtigung der Frau, herbeiführen.

3. Nach Breit, 1500-M.-Verträge zur Ausschließung von Gehaltspfändungen 140, sollen folgende Umstände für Schein sprechen: unveränderte Zahlungsweise an den Ehemann; — Rückzahlung der zugewendeten Beträge seitens der Frau an den Mann; — Bezahlung von Verbindlichkeiten des Mannes mit den der Frau zugewendeten Beträgen, insbesondere nach Anweisung des Mannes; — Nichtbuchung der Zahlungen an die Frau auf besonderem Konto; — Nichtversteuerung der zugewendeten Summen seitens der Frau; — Zahlung von Vorschüssen an den Mann, die dann zur Verrechnung auf dem Konto der Frau gebucht werden; — Aufrechnung von Ansprüchen des Prinzipals gegen den Mann mit den der Frau zugewendeten Beträgen; — Untätigkeit der Frau oder übermäßige Bezahlung ihrer minderwertigen Dienste; — Nichtbehandlung der Frau als Angestellte im Falle einer Mittätigkeit, so insbesondere durch Nichtanmeldung zur Krankenkasse, Invaliden- und Angestelltenversicherung; — Widersprüche und Ungenauigkeiten im Vertrage; — Vorspiegelung, als ob der Prinzipal die Änderung herbeigeführt hätte, während er in Wahrheit bloß Kenntnis nahm; — Weiterzahlung an die Frau trotz der Verlustigkeitsklausel, d. h. obwohl vereinbart ist, daß im Falle einer Pfändung die Firma nicht mehr zur Zahlung der Zuwendung verpflichtet ist; — angeblich freiwillige Zahlung an die Frau „als Schenkung", in Wirklichkeit aber regelmäßig wiederkehrende nicht ordnungsmäßige Kündigung des vorher bestehenden gewöhnlichen Dienstvertrags (Schenkung zugunsten der Frau stehe überhaupt mit der Auffassung des RG., das die Zuwendungen als Entgelt für die Tätigkeit des Mannes anerkennt, im Widerspruch, und eine derartige Vereinbarung müsse deshalb vom Standpunkte des RG. als den Tatsachen widersprechend und Scheinabmachung ohne weiteres nichtig sein).

§ 118. **RG.** LeipzZ. **14** 663 Nr. 2. Die Ernstlichkeit im Sinne des § 118 ist ein der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegender Rechtsbegriff, die Annahme oder Verneinung der Ernstlichkeit demgemäß nicht lediglich eine tatsächliche Feststellung.

§ 119. I. Begriff des Irrtums. **RG.** JW. **15** 20 Nr. 3. Wer bei Abgabe einer Willenserklärung das Vorliegen einer Tatsache oder ihren Eintritt nur für wahrscheinlich oder möglich hielt, kann nicht wegen Nichtvorliegens oder Nichteintritts die Willenserklärung wegen Irrtums anfechten.

II. Einzelfälle. 1. **RG. 83** 429 ff., JW. **14** 422 Nr. 23, R. **14** Nr. 578 bejaht die Frage, ob die Anstellung eines öffentlichen Beamten wegen Irrtums nach privatrechtlichen Normen angefochten werden kann, mit folgenden Sätzen: Den ordentlichen Gerichten steht aus Anlaß der Entscheidung über einen von einem unmittelbaren oder mittelbaren Staatsbeamten aus seinem Dienstverhältnis erhobenen Anspruch die Prüfung auch der Rechtsbeständigkeit des Anstellungsakts zu, und zwar nach allen Richtungen, insbesondere auch in Ansehung der Wirkung von Willensmängeln, die bei der Anstellung mitgewirkt haben. Die Bestimmungen des bürgerlichen Vertragsrechts sind entsprechend anzuwenden, d. h. soweit dem nicht die besondere Natur der hier in Betracht kommenden öffentlich-rechtlichen Verhältnisse entgegensteht. (Nicht entschieden die Frage, ob auch die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die Geltendmachung dieser Mängel und die Einhaltung gewisser Fristen entsprechend anzuwenden sind.) — Vgl. dagegen OLG. **29** 181, BraunschwZ. **14** 58 (Braunschweig): Ein dem § 119 sachlich ähnlicher Rechtssatz wird von der Wissenschaft des Verwaltungsrechts nicht aufgestellt, vielmehr, soweit die Frage überhaupt besprochen wird, abgelehnt (unter Bezugnahme auf Jellinek, Die fehlerhaften Staatsakte [1908] 104, 106; Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 381; Ann. **12** 51; Fleischer, Institutionen 174).

2. Anfechtung prozessualer Erklärungen (JDR. **12** II 2). **RG.** WarnE. **14** 2. Nach deutschem Rechte sind rein prozessuale Erklärungen, die eine Verfügung über die Gestaltung der Parteien zueinander im Prozeß enthalten, wegen Irrtums überhaupt nicht anfechtbar. Das hat das RG. für die Zurücknahme von Rechtsmitteln bereits ausgesprochen (81 177), es muß aber ebenso auch für Zuständigkeitsvereinbarungen gelten.

3. Irrtum im Beweggrunde. a) **RG.** R. 14 Nr. 2837. Der Erwerb eines bestimmten Geschäftsanteils einer GmbH. kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil der Erwerber irrtümlich angenommen, es handle sich um einen vollbezahlten Anteil. Sache ist im Sinne des § 90 zu verstehen. b) **RG.** HoldheimsM. Schr. **14** 253 erkennt wiederholt die Anfechtung des durch einen Konkursverwalter erklärten Eintritts in einen Sukzessivlieferungsvertrag wegen Unkenntnis der unbezahlten Kaufpreisraten an. c) DJZ. **14** 760 (Colmar). Wenn ein Kaufmann, der nur Zwischenhändler ist, einen Kaufvertrag über von ihm selbst erst zu beziehende Waren, veranlaßt durch eine entsprechende versehentliche Preisangabe seines Lieferanten, zu einem Preise abschließt, der um das Zehnfache niedriger ist als der Marktpreis, so kann er den Vertrag nach § 119 anfechten. Es liegt dann Irrtum über eine Eigenschaft der Kaufsache und kein sog. Kalkulationsfehler vor. d) **RG.** R. **14** Nr. 2968. Irrtum im Beweggrunde kann die Anfechtung begründen, wenn der Beweggrund nicht nur dem Geschäftsgegner mitgeteilt, sondern mit zum Gegenstande der entscheidenden Verhandlungen gemacht worden ist und in der Erklärung einen Ausdruck gefunden hat.

3. Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung. RheinARV. **32** 9 ff. (Cöln). Da die Erklärung des gesetzlichen Vertreters erst durch die Mitwirkung des Vormundschaftsrichters rechtliche Wirksamkeit erhält, so ist die Genehmigung als Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Vaters anzusehen; daher kann der Minderjährige auch wegen Irrtums des Vormundschaftsrichters anfechten.

4. Verkehrswesentliche Eigenschaften. a) Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte 432. Maßgebend ist der Standpunkt des Verkehrs, dem der Irrende angehört, sei es lokal, sei es personal im Bereiche seines besonderen Berufskreises; bei Widersprüchen kommt es auf den persönlichen Gesichtspunkt an. **b)** Oertmann aaO. 433, Zwingender oder er-

gänzender Charakter des Anfechtungsrechts wegen Eigenschaftsirrtums? Man wird unterscheiden: Die Anfechtungsmöglichkeit wegen eines im Sinne des Gesetzes wesentlichen Irrtums wird sich nicht vertragsmäßig wegbedingen lassen. Wenn aber die eine Partei beim Geschäftsschluß erklärt, daß sie auf die Anfechtbarkeit verzichte, falls dem Vertragsgegenstande diese oder jene oder auch irgendeine verkehrswesentliche Eigenschaft fehlen sollte, so gibt sie damit in aller Form zu erkennen, daß es ihr auf das Vorhandensein dieser Eigenschaft nicht ankomme. Und das schließt die Anfechtbarkeit nach dem Gesetz aus, weil es nunmehr an dem gesetzlichen Tatbestande der auch subjektiven Kausalität des Irrtums fehlt. c) Umfang des Sachbegriffs. *Kiehl, JW. **14** 49 ff. Der Ausdruck „Sache" ist hier nicht in dem engen Sinne des § 90, sondern in dem weiteren vom Gegenstande zu verstehen. ➸ Gegen **RG. 73** 136 und JW. **12** 74 Nr. 24, wo die Anfechtung wegen Irrtums über die Eigenschaften des Rechtes für unzulässig erklärt ist. ⟵ — Vgl. aber auch **RG.** LeipzZ. **14** 1541 Nr. 1, wo die Geheimheit eines Verfahrens als wesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 anerkannt ist, also auch für nicht körperliche Gegenstände. d) R. **14** Nr. 257 (Hamburg). Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit eines Handlungsgehilfen, der den Prinzipal im Auslande vertreten soll, bilden eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person. e) R. **14** Nr. 2966 (Stuttgart). Die Verwendbarkeit des Vertragsgegenstandes ohne behördliche Genehmigung einer Sache ist eine verkehrswesentliche Eigenschaft. Irrtum darüber setzt die bestimmte Annahme, daß keine Genehmigung nötig sei, voraus.

5. Insbesondere der Irrtum über die Kreditwürdigkeit als Anfechtungsgrund (JDR. **12** II 3 b): a) anerkannt von OLG. **28** 24, 25 (Hamburg); ferner von WürttRpflZ. **14** 17 (Stuttgart); b) *Marquardt, LeipzZ. **14** 824 ff. Der Begriff der im Verkehre wesentlichen Eigenschaften des § 119 Abs. 2 deckt sich mit dem der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft des ALR. Anfechtung wegen Irrtums ist danach nur gegeben, wenn für das betreffende Rechtsgeschäft die Eigenschaften der Sache oder der Person so selbstverständlich sind, daß der Erklärende, ohne sich über ihr Vorhandensein zu vergewissern, die verpflichtende Erklärung abgeben konnte. Z. B. macht körperliche oder geistige Anormalität oder das Fehlen der vom Gesetze für eine bestimmte Tätigkeit vorgeschriebenen Qualitäten den Abschluß eines Dienstvertrags anfechtbar; Mangel an Fleiß und Geschicklichkeit des Angenommenen dagegen nicht, selbst wenn der Vertrag sicher nicht abgeschlossen worden wäre, falls das Fehlen dieser sehr wesentlichen Eigenschaften bekannt gewesen wäre. Die Zahlungsfähigkeit eines Kreditkäufers gehört in die gleiche Kategorie; sie darf nicht ohne weiteres vorausgesetzt, sondern muß festgestellt werden. Jede Kreditgewährung ist ein Risikogeschäft; und wie aus § 321 und § 610 ersichtlich, werden Rechtsbehelfe nur demjenigen gegeben, dessen Risiko sich durch nachträglich eintretende Geschehnisse erhöht. Denselben Standpunkt des Gesetzgebers zeigen §§ 437 und 438 BGB., die nur den Rechtsbestand, nicht die Bonität eines Forderungsrechts für das rechtlich Wesentliche erklären. ➸ Marquardt versucht also aus §§ 437, 438, 321, 610 (ferner aus § 26 KO.) nachzuweisen, daß das Gesetz die Zahlungsunfähigkeit des Menschen als ein Verhältnis ansehe, mit dessen Fehlen jeder rechnen und für die sich Sicherheit zu schaffen er selber Sorge tragen müsse. Vgl. dagegen Breit, LeipzZ. **14** 1704 f.: Der Hinweis auf die Absicht des Gesetzgebers sei nicht beweiskräftig. Breit hebt auch hervor, daß die OLG. sich der Rechtsprechung des RG. (**RG. 66** 387; **69** 13, JW. **12** 26 usw.) angeschlossen haben. — Der Standpunkt des RG. entspricht allein den Bedürfnissen des Rechtslebens. Red. ⟵

III. Eigenschaftsirrtum und Gewährleistung. 1. **RG.** JW. **14** 295 Nr. 1, LeipzZ. **14** 758 ff., SeuffA. **69** 309. Der vertragsmäßige Ausschluß der Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Sachmängel beseitigt das Anfechtungsrecht des Käufers wegen Irrtums nur dann, wenn festgestellt wird, daß

die Parteien auch das Recht auf Anfechtung wegen Irrtums haben ausschließen wollen.

2. Wolzendorff, Zur Frage der Konkurrenz von Eigenschaftsirrtum und Mängelgewähr, IheringsJ. **64** 311 ff. Ausgangspunkt: Sind die rechtlichen Tatbestände des Eigenschaftsirrtums bei einem Kaufgeschäft und der Mängelgewähr, soweit der Mangel eine verkehrswesentliche Eigenschaft betrifft, identisch? Die Frage ist nach reiner Logik zu verneinen. Nach der angewandten Logik des Rechtes, der Rechtssystematik, fallen sie zusammen. In beiden Fällen liegt schon nach der Auffassung der älteren Rechtslehre ein Irrtum im Motive vor. Beide sind begriffskonstitutionell Fälle des durch die Fiktion der stillschweigenden Vereinbarung zu rechtlicher Erheblichkeit gelangten Irrtums im Motive. Die Verschiedenheit der Rechtsfolgen ist nur ein reines Produkt der Zufälligkeit historischer Entwicklung. Sind aber beide Tatbestände identisch, so können sie im einzelnen Falle konkurrieren. Die Konkurrenz ist zu lösen nach der Regel: lex specialis derogat legi generali. Auch nach der teleologischen Methode ist die Anfechtung für ausgeschlossen zu erachten. Der leitende Gedanke der §§ 459 ff., wonach der wirtschaftliche Güteraustausch entsprechend den Verkehrsbedürfnissen eine gewisse Konstanz erhalten soll, würde illusorisch gemacht werden, wenn man neben der Mängelhaftung die an viel weitere Bedingungen geknüpfte Irrtumsanfechtung auf Kaufgeschäfte anwenden wollte. Dieser Grund und ebenso der Hinweis auf das vorgehende Sonderrecht ist aber nur bei Kaufmängeln im Sinne des § 459 gegeben, nicht bei anderen verkehrswesentlichen Eigenschaften, da sich im letzteren Falle die Tatbestände nicht decken.

3. Ebenso verneint Heymann, Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung (1914), jeden Irrtumsanspruch des Käufers außerhalb des Gewährleistungsrechts, vorausgesetzt, daß der Irrtum Eigenschaften betrifft, die nicht ihre Zugehörigkeit zu der Gattung aufheben, der sie die gemeine Verkehrsanschauung zurechnet (vgl. hierzu Bovensiepen, DRZ. **14** 745).

4. Dagegen *Riehl, JW. **14** 497 ff. Zwischen der Anfechtung und der Wandelung hat der Käufer stets die freie Wahl; er geht des Anfechtungsrechts nicht dadurch verlustig, daß er bereits in die Lage gekommen ist, die Wandelung geltend machen zu können. Die Anfechtung und die Wandelung stellen zwei nach dem Rechtsgrund und nach den Rechtsfolgen voneinander durchaus verschiedene und voneinander unabhängige Rechtsbehelfe dar. Auch spricht nichts dafür, daß das Gesetz den Käufer, der zu wandeln in der Lage ist, der Vorteile hat berauben wollen, die ihm die Anfechtung bietet oder wenigstens bieten kann.

IV. Irrtum und Dissens. Bading, JW. **14** 609 ff. unterscheidet: 1. Im Dissense stimmen die Willenserklärungen verschiedener Personen nicht miteinander überein (Wien bietet zu 1000 Gulden an, Paris nimmt zu 1000 Fr. an). 2. Der Annehmende irrt über den Inhalt der Erklärung (Wien bietet zu 1000 Gulden an, Paris depeschiert: Angenommen, meint aber 1000 Fr.; Tatbestand des § 119). 3. A. hat zwei Jagdhunde, die auf den Namen Nero hören, einen stichelhaarigen und einen anderen. B. will den ersteren kaufen, A. den zweiten verkaufen. Es liegen doppelsinnige, unbestimmbare Erklärungen vor, die an sich unter § 119 fallen. Wenn § 119 trotzdem nicht Anwendung findet, so liegt das an der logischen Unmöglichkeit, etwas, was vor dem Rechte gar nicht vorhanden ist, zu vernichten. Bading wendet sich gegen das RG. (**RG. 58** 236, **66** 122, **68** 9), das auch in solchen Fällen § 155 anwendet.

§ 121. 1. **RG.** JW. **14** 347 Nr. 1, WarnE. **14** 153, R. **14** Nr. 580. Kenntnis vom Anfechtungsgrunde liegt erst dann vor, wenn der Irrtum aufgedeckt ist. Gegebenenfalls kann der Anfechtungsberechtigte, bevor er die Anfechtung erklärt, sogar erst eine Beweisaufnahme abwarten oder veranlassen. Zwar nicht volle Über-

zeugung von der Richtigkeit, aber zuverlässige Kenntnis von den in Betracht kommenden Umständen ist erforderlich (vgl. JW. **12** 741 Nr. 2).

2. **RG.** JW. **14** 1036 Nr. 1, R. **14** Nr. 2380. Anfechtungsgrund der in der Erklärung enthaltene Irrtum, nicht die Tatsache, über die der Erklärende geirrt hat. Demzufolge erlangt der Erklärende Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde nicht unter allen Umständen dadurch, daß er hinsichtlich der fraglichen Tatsache den richtigen Sachverhalt erfährt, sondern er muß sich des in seine Erklärung gekommenen Irrtums bewußt werden.

3. **RG.** R. **14** Nr. 581 verneint die Unverzüglichkeit der Anfechtung in einem Falle, in dem die Anfechtung durch die Klage erfolgte, aber nicht zu verkennen war, daß der Kläger die Kenntnis von den Anfechtungsgründen durchweg schon einige Zeit vor Erhebung der Klage gehabt haben mußte. — Vgl. ferner zu § 123 Ziff. 3.

§ 122. 1. **a)** Oertmann aaO. 102 ff. bezieht mit Danz und Jacobsohn (JheringsJ. **46** 426 u. **56** 362) § 122 Abs. 2 auf solche Fälle, wo dem Gegner der erhebliche Irrtum erst nachträglich bekannt (oder erkennbar) geworden ist. Dann soll er wegen des ihm von diesem späteren Zeitpunkt ab erwachsenden Schadens keinen weiteren Ersatz mehr verlangen können. — Wer das nicht billigt, hat noch folgenden Ausweg, der § 122 Abs. 2 wenigstens nicht ganz zur Inhaltslosigkeit verdammt: er gilt für Fälle, wo dem Erklärungsempfänger der erhebliche Irrtum zwar nicht positiv bekannt, aber doch immerhin erkennbar war (105, 106). **b)** Vgl. hierzu Leonhard, GoldschmidtsZ. **76** 284: § 122 Abs. 2 bliebe immerhin noch für den Fall übrig, in dem jemand es vorzieht, wegen eines Irrtums das schwächere Recht der Anfechtung anstatt des stärkeren einer Berufung auf Nichtigkeit geltend zu machen, um Zweifel an der Erkennbarkeit des Irrtums aus dem Wege zu gehen.

2. In einem Rechtsstreit, in welchem der Akzeptant eines gefälschten Wechsels auf Grund seiner Erklärung, daß der Wechsel in Ordnung gehe, von dem Wechselinhaber in Anspruch genommen worden war, hatte sich der Kläger gegenüber der Einwendung, daß er seine Erklärung rechtzeitig angefochten habe, darauf berufen, daß ihm ein Schadensersatzanspruch nach § 122 BGB. deshalb zustehe, weil er dem Aussteller des Wechsels, auf die Echtheit des Wechsels vertrauend, noch weiter Waren auf Kredit geliefert habe; er würde dies unterlassen haben, wenn er von der Unechtheit unterrichtet gewesen wäre. Dies verwirft Gissel, LeipzZ. **14** 1838: Der Anspruch des § 122 müsse sich im Rahmen des Rechtsverhältnisses bewegen, innerhalb dessen die Erklärung abgegeben worden sei.

§ 123. 1. Ernsthafte Zusagen oder unverbindliche Anpreisungen. **a)** **RG.** R. **14** Nr. 1958. Bei Verhandlungen über finanzielle Unterstützung eines von Augenblickschancen in seiner Durchführung abhängigen Unternehmens können Angaben über bestimmte Einnahmen nicht als schlechthin bindende Zusagen angesehen werden. **b)** OLG. **28** 26 (Hamburg). Marktschreierische Anpreisungen als arglistige Behauptungen (der patentierte, in Wirklichkeit unbekannte und unerprobte Druckknopf sei ein großartiger Massenartikel). — Vgl. auch Ziff. 2.

2. Arglistiges Behaupten oder Verschweigen. **a)** **RG.** WarnE. **14** 153. Zur Arglist ist nicht unbedingt das Wissen erforderlich, daß die angegebene Tatsache nicht der Wahrheit entspricht. Eine betrügerische Angabe bei der Brandschadensermittelung kann schon dann als vorliegend angenommen werden, wenn eine Kenntnis vorgespiegelt ist, die nicht bestand, weil sie zum Beispiel durch die von dem Angebenden selbst an der Wahrheit der Angaben gehegten Zweifel ausgeschlossen war. Betrügerisch aber handelt nicht, wer ohne solche Vorspiegelung völlig gutgläubig unrichtige Angaben macht, mag auch der gute Glauben auf grober Fahrlässigkeit oder selbst auf beispielloser Leichtfertigkeit beruhen. **b)** **RG.** WarnE. **14** 198, JW. **14** 590 Nr. 7 (vgl. R. **14** Nr. 1069) nimmt arglistiges Verschweigen

(im Sinne der bisherigen Rechtsprechung vgl. **RG. 62** 149, **69** 15, **77** 314 usw.) an, weil es den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspreche, wenn der Vermieter von Räumen, in denen ein Pensionat betrieben werden solle, verschweige, daß sich darunter eine Bäckerei befinde. Hiervon habe der Mieter nach der Verkehrsauffassung unter den gegebenen Umständen eine Mitteilung erwarten dürfen. — Gleichzeitig ausgesprochen, daß die Anfechtung wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln der Mietsache durch die Sondervorschriften des Mietrechts über die Rechte des Mieters wegen Mängel der Mietsache nicht ausgeschlossen sei. **c) RG.** MSchutzu. Wettbew. **14** 200. Arglistiges Verschweigen angenommen in einem Falle, in dem der Beklagte den Kläger nicht über die ihm selbst bekannte Unmöglichkeit der Verlängerung der österreichischen Schutzfrist aufgeklärt hatte. **d)** WürttJ. **26** 129 (Stuttgart) stellte arglistiges Verschweigen fest, da der Beklagte bei den Kaufverhandlungen es unterlassen hatte, dem Kläger das wichtigste Material zur Beurteilung des Wertes einer in Zahlung zu nehmenden Hypothek, das Schreiben des Schultheißen, mitzuteilen. **e) RG.** R. **14** Nr. 1529. Arglistige Verleitung zum Vertragsschlusse kann darin liegen, daß der Verkäufer bei der Vertragsbeurkundung die Aufnahme einer wesentlichen Vertragsbestimmung dadurch hintertreibt, daß er dem Gegner feierlich versichert, er halte ohnedies sein Wort (vgl. auch zu § 125). **f) RG.** R. **14** Nr. 1528, WarnE. **14** 293, GruchotsBeitr. **58** 888. Das bloße Bestreiten der unehelichen Mutter über den Verkehr mit anderen Männern in der Empfängniszeit, selbst wenn es unter Tränen, Beteuerungen und Erklärung zur Schwurbereitheit erfolgt, ist keine Täuschung im Sinne des Gesetzes, da sie nicht verpflichtet war, den behaupteten Verkehr mit anderen Mannspersonen zuzugeben. „Es kann keine allgemeine Rechtspflicht anerkannt werden, die Wahrheit von Tatsachen zuzugestehen, aus denen ein Dritter privatrechtliche Ansprüche herleiten will, zumal dann nicht, wenn es sich um Tatsachen handelt, die den Gestehenden bloßstellen und in der äußeren, namentlich der Frauenehre herabzusetzen geeignet sind.“ Von einer arglistigen Täuschung kann unter Umständen dann gesprochen werden, wenn der Bestreitende zugleich eigene selbständige Gegenbehauptungen aufstellt oder etwa gar durch falsche Beweismittel glaubhaft zu machen weiß (vgl. **RG. 58** 348).

3. Anfechtung gegenüber der GmbH. (Aktiengesellschaft, Genossenschaft). (JDR. **12** I 4 zu § 119 u. Ziff. II 6 zu § 123.) a) Der Grundsatz, daß bei der GmbH. (Aktiengesellschaft, Genossenschaft) die Anfechtung einer Beteiligungserklärung, wenn die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist, der Gesellschaft gegenüber keine rechtliche Bedeutung hat, angewendet von **RG. 83** 256 ff. auf ein bedingtes Einzahlungsversprechen. Die Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafter werden überhaupt nicht in das Handelsregister eingetragen. Das Interesse der Allgemeinheit und die Sicherheit des Verkehrs wären im höchsten Grade gefährdet, wenn man dem Gesellschafter gestatten wollte, sich vielleicht sogar nach jahrelangem Bestehen der Gesellschaft durch Geltendmachung eines derartigen Nichtigkeitsgrundes von der Haftung für die Stammeinlage zu befreien. **b)** Plum, R. **14** 325 bekämpft die Ansicht des **RG.** 82 375, JW. **13** 1042 Nr. 13, wonach die Anfechtung des Beitritts zu einer GmbH. wegen Betrugs, Irrtums, Zwanges auch, wenn sie vor der Eintragung des ursprünglichen oder geänderten Gesellschaftsvertrags abgegeben, unwirksam ist. Solange die Beitrittserklärung noch nicht in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht, sei sie der Allgemeinheit gegenüber noch nicht abgegeben. Erfolge trotz Anfechtung die Eintragung, so werde der Allgemeinheit nicht der Wille, haften zu wollen, erklärt. **c)** Moos, Inwieweit ist die Erklärung, einer GmbH. beizutreten, anfechtbar? JW. **14** 506, stellt gleichfalls entgegen dem RG. den Satz auf: Bedeutung nach außen erlangt die Beitrittserklärung erst durch die Eintragung der Gesellschaft. Die Anfechtung vor der Eintragung hat die Wir-

kung, daß dem Geschäftsführer die Ermächtigung zur Kundgebung an die Allgemeinheit wieder entzogen wird. Das RG. hat zur Abhilfe auf die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung hingewiesen, durch welche die Eintragung verboten werde. Moos empfiehlt, daß der Betrogene dem Registerrichter seine Anfechtungserklärung bescheinige. Der Registerrichter sei dann verpflichtet, die Eintragung gemäß § 10 GmbHG. u. § 12 FGG. abzulehnen.

4. Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 Satz 1. a) **RG.** R. **14** Nr. 458. Agent als Dritter und nicht Vertreter der Partei, die ihm Provision zugesagt hat, wenn er lediglich die Interessen der anderen Partei wahrgenommen und für diese die Verhandlungen geführt hat. **b)** R. **14** Nr. 2602 (Hamburg). Das Vorstandsmitglied einer Genossenschaft, das von ihr betraut war, weitere Genossen anzuwerben, nicht unbeteiligter Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2, selbst wenn es allein die Genossenschaft nicht vertreten kann. **c)** **RG.** R. **14** Nr. 2838. Der Gemeinschuldner ist, sofern er den Kläger arglistig täuscht und dadurch zum Kaufabschlusse mit dem Konkursverwalter bestimmt, als ein Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 Satz 1 zu erachten. Der Konkursverwalter, wenn er in Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts das zur Konkursmasse gehörige Grundstück veräußert, nimmt die Rechtshandlung nicht in rechtlicher Vertretung des Gemeinschuldners, sondern aus eigenem Rechte kraft des ihm übertragenen Amtes vor (vgl. **RG. 29** 30, **53** 352, **55** 266, **63** 71).

5. Hipp, BayRpflZ. **14** 225 ff., über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Verträge mit sog. Automatenfirmen (die den Käufer zur Abnahme unverhältnismäßig großer Mengen von Füllungen verpflichten). Es wird darauf hingewiesen, daß die üblichen Formblätter die Tragweite und die Folgen des Geschäfts für den Besteller verschleiern. Werden ferner trotz Kenntnis der bürgerlichen Stellung und der Bildung des Kundenkreises keine zweifelsfreien und allgemein verständlichen Angaben über Zeit des Vertrags, Höhe des Preises, Mängelrügen und Zahlungsnachweise u. dgl. gemacht, so sei kein anderer Grund dafür denkbar, als daß die Kunden über diese wichtigen Punkte der Bestellung absichtlich im unklaren gelassen werden sollten (vgl. auch zu § 138 Ziff. II 5).

6. Riehl, Arglistige Vorspiegelungen bei Gelegenheit des Kaufabschlusses und positives Vertragsinteresse, R. **14** 469 ff., wendet sich gegen die vom 5. Sen. des RG. für zulässig erachtete analoge Anwendung des § 463 Satz 2, der Schadensersatz im Falle arglistig verschwiegener Fehler ausspricht (vgl. Jeß aaO., R. **14** 81 ff.). Dies sei vom theoretischen und praktischen Standpunkt aus verfehlt, verwische die Grenzen zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung und verwirre die Rechtsprechung.

7. Oertmann aaO. 459 führt aus, daß die schwierige Frage nach der Widerrechtlichkeit der Drohung mit Hilfe der Verkehrsauffassung noch am ehesten geklärt werden könne.

8. Henle, Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung. Der Tatbestand des § 123 kann mit dem Tatbestande des § 134 oder des § 138 zusammentreffen, er muß es aber nicht. — Trifft § 123 mit § 134 oder § 138 Abs. 1 oder 2 zusammen, so ist die Willenserklärung nach §§ 134, 138 nichtig (7, 21). — Eine Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im Sinne Kipps (Über Doppelwirkungen im Rechte, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift für Martitz [1911] 211 ff.) gibt es nicht. In Ansehung derselben Rechtsfolge können Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nicht konkurrieren. Vielmehr wird die Nichtigkeit von der Anfechtbarkeit absorbiert. Dennoch gibt es eine Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, sobald verschiedene Rechtsfolgen in Rede stehen. Dann kann das Rechtsgeschäft in Ansehung der einen Rechtsfolge nichtig, in Ansehung der anderen anfechtbar sein. Somit greift beim Zu-

sammentreffen von Drohung mit Inhalts- oder Formmängeln sowie mit Mängeln der Geschäfts- oder Erklärungsfähigkeit nur Nichtigkeit, nicht auch die Anfechtbarkeit nach § 123 Platz. Beim Zusammentreffen von Drohung mit Irrtum über den Sinn als Willenserklärung greift zwar in Ansehung der inhaltsgemäßen Rechtsfolgen wiederum nur Nichtigkeit, in Ansehung der Schadensersatzpflicht aus § 122 aber daneben die Anfechtbarkeit nach § 123 Platz. Immerhin bleibt der Satz bei Bestand: die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung setzt erst ein, wo die Nichtigkeit der Willenserklärung aufhört (40). — Die Anfechtung einer Willenserklärung kann nicht zugleich durch Drohung und durch Irrtum begründet sein. Beim Zusammentreffen von Drohung mit Irrtum geht der Anfechtungsgrund des Irrtums vor, da der Irrtum über den Inhalt der Erklärung das „logische prius" und fundamental gegenüber der Drohung ist. Ficht der Erklärende an, so verbleibt die Haftung auf das negative Erfüllungsinteresse nach § 122 (141 ff.). — Trifft Drohung mit arglistiger Täuschung zusammen, so ist die Willenserklärung (zunächst) nur anfechtbar wegen arglistiger Täuschung. Während bei der Drohung die Beeinflussung in einer Störung der normalen Willensbildung besteht, greift die Täuschung tiefer, sie fälscht die motivierenden Vorstellungen in ihrem inhaltlichen Sein. Entdeckt der Berechtigte die Täuschung, bevor die Zwangslage aufhört, so ist er nach Jahresfrist nicht gehindert, zu der Anfechtung wegen Drohung überzugehen (46, 47 f.). — Die erzwungene Erklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende das Erklärte nicht will; sie ist auch dann nicht nichtig, wenn der Gegner das Nichtwollen des Erklärten kennt. § 123 trifft nicht mit § 116 Satz 2, sondern mit § 116 Satz 1 zusammen. Die widerrechtliche Bestimmung durch Drohung *kann* aber — zufällig — mit durchschauter eigentlicher Mentalreservation nach § 116 Satz 2 zusammentreffen; dann ist die Willenserklärung nichtig (48 ff., 54).

§§ 123, 124. a) *Kiehl*, JW. **14** 499 verneint gegen **RG. 63** 270, daß der Käufer bei anfechtbarem Kaufvertrage des Anspruchs auf Schadensersatz verlustig gehe, wenn er die Ausschlußfrist des § 123 hat vorübergehen lassen, ohne von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch zu machen. **b)** Auch **RG. 84** 131 ff., JW. **14** 526 Nr. 2, R. **14** Nr. 740 bejaht im Gegensatze zu RG. aaO. (im Anschluß an **RG. 70** 193, wo der 5. Sen. seine frühere Ansicht bereits aufgegeben hatte) die Befugnis des Betrogenen oder Gezwungenen, nach Versäumung der Anfechtungsfrist mit Hilfe des Schadensersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung die Wirkung des Geschäfts schuldrechtlich rückgängig zu machen. Es handle sich um verschiedene Voraussetzungen und verschiedene Rechtswirkungen. Die kurze Frist des § 124 sei nur durch die Wirkung der Anfechtung gegen Dritte gerechtfertigt und kein Anlaß ersichtlich, weshalb die gewöhnlichen Deliktsfolgen dem Betrüger oder dem Drohenden selbst gegenüber gemildert werden sollten. **c) RG.** WarnE. **14** 294. Der Beweiswert eines außergerichtlichen Geständnisses ist nach den Umständen, unter denen es abgegeben, frei zu würdigen. Ist der Erklärende zur Abgabe durch Drohung des Klägers bestimmt worden, so ist dem Geständnisse möglicherweise überhaupt keine Beweiskraft beizumessen. Der Ablauf der Frist des § 124 ist unerheblich.

§ 125. *Oertmann*, Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, R. **14** 8 ff. Die bloße Berufung auf die Formnichtigkeit kann niemals auch nur den Teiltatbestand einer unerlaubten Handlung im Rechtssinne darstellen, eine solche vielmehr einzig und allein in dem Benehmen beim Vertragsschlusse selbst gefunden werden. So besonders, wenn die eine Vertragspartei der anderen wider besseres Wissen vorspiegelt, die Beobachtung der Geschäftsform sei nach Lage des Falles von Rechts wegen unnötig; aber auch schon dann, wenn die Partei von vornherein die Absicht hat, sich hernach auf den Formmangel zu berufen, und dies dem Gegner betrüglich verschweigt. Die vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung tritt, falls die Täuschung gelingt, sofort ein, nicht erst durch die nachherige Berufung auf den Formmangel im Prozesse.

§§ 125, 157. **RG.** R. 14 Nr. 459. Bei der Auslegung formbedürftiger Erklärungen ist die Grenze festzuhalten, daß der Wille in der vorgeschriebenen Form, sei es auch nur in annähernder, unvollkommener Weise, irgendwelchen Ausdruck gefunden haben muß.

§ 126. 1. JBl. **14** 114 (ÖstOGH.). Keine eigenhändige Unterschrift, wenn der Unterfertigende bloß seinen Vornamen und die ersten Buchstaben seines Zunamens beisetzte, während die übrigen Buchstaben von einem Dritten dazu geschrieben wurden. Eine abgekürzte Namenszeichnung ist gültig, wenn die betreffende Person eine solche Unterschrift gewöhnlich gebraucht oder doch auf diese Weise die Unterschrift tatsächlich als ihre Namensbezeichnung beisetzen wollte.

2. Rumpf, Die Schriftform des § 126 BGB. und die eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers, JW. **14** 1019 ff., bekämpft die Rechtsprechung des RG. in den Fällen, in denen sich jemand bei der Unterzeichnung einer Urkunde eines anderen nicht als seines Vertreters, sondern nur als Schreibgehilfen bedient. (Diese Fälle sind von der Plenarentscheidung **RG. 74** 69 ausdrücklich ausgenommen.) Die Fälle der Unterzeichnung mit Schreibhilfe und mit Stellvertretung seien praktisch vollkommen gleich. Der Entscheidung **RG. 81** 1 ff. wird vorgeworfen, daß künstlich der Tatbestand der Stellvertretung konstruiert werde, obwohl nur Schreibhilfe vorliege.

3. Mansfeld, Genehmigung gefälschter Unterschriften, LeipzZ. **14** 801 ff., wendet sich gegen die herrschende Ansicht, wonach die Genehmigung gefälschter Unterschriften unmöglich sein soll. Zu prüfen sei die Eigenschaft des Fälschers als Vertreters ohne Vertretungsvollmacht (§ 177 BGB.). Eine Genehmigung im technischen Sinne gemäß §§ 177, 182 ff. sei nicht möglich. Bei Abgabe schriftlicher Willenserklärungen sei aber die Scheidung zwischen Vertretung und Fälschung verwischt, wenn man mit **RG. 74** 69 annehme, daß der Vertreter auch mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnen könne. Die Konsequenz der Plenarentscheidung führe dahin, für den schriftlichen Verkehr die Unterscheidung zwischen Handeln im eigenen und fremden Namen fallen zu lassen. Auch der Fälscher erkläre, daß der Namensträger aus dem Geschäfte verpflichtet sei. Auf den Vertreterwillen komme es nicht an. Vgl. Hagemann, LeipzZ. **14** 1001 ff., Die Haftung desjenigen, der als Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Wechsel mit dem Namen des Vertretenen gezeichnet hat. **b)** LeipzZ. **14** 874 (Augsburg). In der auf Anfrage des Wechselinhabers die Echtheit der Wechselunterschrift bestätigenden Erklärung ist ein selbständiger Garantievertrag zu erblicken.

§§ 126, 127. **RG. 83** 121. Im Gegensatze zum BGB. gilt Stempelaufdruck als Unterschrift im Sinne des § 1 Abs. 2 PrStempStG. vom 1. Juli 1895/30. Juni 1909.

§ 127. Aus § 127 leitet Oertmann aO. 88 a fortiori die Zulässigkeit der sog. Ausdrücklichkeitsklausel ab, daß für gewisse zu schließenden Geschäfte oder abzugebenden Erklärungen bestimmte Worte ausdrücklich gebraucht sein müssen, um Bedeutung zu erlangen.

§ 129. *Kreifelts, DNotV. **14** 609 ff. Für die öffentliche Beglaubigung eines Handzeichens sind nach Reichsrecht nur die Amtsgerichte (§ 167 Abs. 1 FGG.) und die Notare zuständig; die Zuständigkeit der Amtsgerichte kann dazu noch durch Landesgesetz ausgeschlossen werden (§ 191 Abs. 2 FGG.). Andere Behörden oder Beamte als Amtsgerichte und Notare können durch Landesrecht für die öffentliche Beglaubigung eines Handzeichens nicht für zuständig erklärt werden. Für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift sind reichsrechtlich zuständig die Amtsgerichte (§ 167 Abs. 2 Satz 1 FGG.), soweit deren Zuständigkeit nicht durch Landesgesetz ausgeschlossen ist (§ 191 Abs. 2 FGG.), die Notare und die sonstigen durch Landesgesetz bestimmten Behörden oder Beamten (§ 191 Abs. 1 FGG.). Die

Einzelstaaten haben von den ihnen reichsrechtlich zustehenden Befugnissen in der verschiedensten Weise Gebrauch gemacht. Zu beachten ist dabei jedoch, daß eine landesrechtliche Bestimmung anderer Amtsstellen als der Amtsgerichte und der Notare nur für die öffentliche Beglaubigung von Unterschriften, nicht auch von Handzeichen gilt. — Mehrere Einzelstaaten haben keine Notare ernannt, so daß deren reichsrechtlich bestimmte Zuständigkeit in diesen Staaten nicht praktisch wird.

§ 130. 1. Klein, Über die Risikoverteilung im § 130 (Abschnitt c der „graphischen Darstellungsweise im Dienste der Rechtswissenschaft"), ÖstZBl. **14** 12 ff.

2. **RG.** JW. **14** 863 Nr. 2, R. **14** Nr. 2223. Keine Abgabe der Bürgschaftserklärung gegenüber dem Ehemanne, wenn der Bruder der Ehefrau sich in einem an sie gerichteten Schreiben verpflichtete, die selbstschuldnerische Bürgschaft für den Ehemann zu übernehmen. (Es erhellte nicht, daß das Schreiben in die Verfügungsgewalt des Mannes gelangen sollte oder von der Ehefrau als Treuhänderin des Mannes in Verwahrung genommen wurde.) Eine Bürgschaftserklärung wird erst in dem Augenblicke wirksam, in dem der Gläubiger die tatsächliche Verfügungsgewalt über das die Erklärung enthaltende Schriftstück erlangt.

3. **RG. 83** 228 läßt dahingestellt sein, ob § 130 auf mündliche, durch einen Boten übermittelte Willenserklärungen überhaupt Anwendung finden könne (vgl. Falkmann, Rechtsstellung des Boten 25 ff.). — Durch die allgemeinen Regeln des § 130 wird selbstverständlich die Geltung und Anwendbarkeit besonderer, auf den Tatbestand des Einzelfalls zutreffender Vorschriften nicht eingeschränkt und berührt. Die Ausdrücke „wirksam" und „Wirksamkeit" in Abs. 1 u. 2 sind mit dem Vorbehalt aufzufassen, daß nicht etwa andere Rechtsgründe der Wirksamkeit der Willenserklärung entgegenstehen.

4. KGJ. **44** 174 ff. (KG.). Anträge auf Eintragung in das Grundbuch gelten als wirksam gestellt erst in dem Zeitpunkt, in dem sie dem Grundbuchamte zugehen.

5. **RG.** R. **14** Nr. 1387. Geflissentliche Unterlassung der Kenntnisnahme von dem Inhalt eines verschlossenen Schreibens steht der Kenntnis gleich. (Der Vorsitzende eines Vereins hatte den die Austrittserklärung enthaltenden Brief des Mitglieds absichtlich beiseite gelegt, um nachher den Austritt durch die Ausschließung für überholt zu erklären.

6. Wertheimer, Zu den Zivilkriegsgesetzen, LeipzZ. **14** 1738, empfiehlt Ausdehnung des G. vom 4. August 1914 dahin, daß ein Abwesenheitspfleger für die im § 2 Nr. 1—3 aaO. genannten Personen auch dann bestellt werden könne, wenn dies nach Lage der Verhältnisse im Interesse Dritter, insbesondere für Kündigungen erforderlich sei.

§ 132. R. **14** Nr. 1959 (Stuttgart). Eine Zustellung auf diplomatischem Wege ist im § 132 nicht vorgesehen. Die Zustellung einer materiellrechtlichen Willenserklärung (Kündigung) braucht daher nicht im Auslande mittels Ersuchens der ausländischen Behörde oder eines deutschen Gesandten oder Konsuls zu erfolgen.

§ 133. I. 1. a) Danz, Zum Verhältnis von Sprache, Willen und Erklärung, R. **14** 149 ff., behandelt die Bedeutung der Lehre von der Sprachwissenschaft für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, insbesondere des Satzes, daß die Worte gar keine bestimmte Bedeutung haben, sondern diese überhaupt nur gefunden werden kann durch Beachtung des vorhergehenden Geschäfts, durch die Situation, das „Milieu", sowie durch den wirtschaftlich erkennbaren Zweck. § 133 verbietet jede Buchstabenauslegung, d. h. eine solche, die ohne Beachtung der Umstände des einzelnen Falles, also entgegen der Lehre unserer Sprachwissenschaft vorgeht. — Der Richter stellt nur den sog. objektiven Sinn der streitigen Vereinbarung fest, d. h. nicht das, was jede Partei subjektiv unter dem Gespräche verstanden; er fragt, welche Bedeutung dem vorliegenden Tatbestande von einem verständigen Normal-

menschen zugeschrieben wird, und stellt zugleich fest, daß verständige Normalmenschen, wenn sie den vom Richter festgestellten Rechtserfolg herbeiführen wollen, ihren Willen mit diesen Erklärungen zum Ausdrucke zu bringen pflegen. b) Insoweit zustimmend Oertmann aaO. 76. Nicht nur, daß etwas gewollt sei, sondern auch was gewollt sei, muß im Interesse der Verkehrssicherheit der Gegner aus der Erklärung entnehmen können. Das könnte er aber nicht, wenn die Tragweite der Erklärung von den ihm unbekannten persönlichen Besonderheiten des Erklärenden abhinge. § 133 gibt Anweisung darüber, in welchem Sinne das Gesagte zu verstehen sei, § 157 darüber, welche Tragweite der sinngemäß festgestellten Äußerung zukomme (109 ff.). Nach § 133 gilt der wahre Wille als erklärt im Gegensatze zum äußeren Wortlaute. Oertmann verwirft aber die Lehre von Danz, wonach die Auslegung rein nach verkehrsmäßigen typischen Gesichtspunkten vor sich geht. „Die Parteien sind doch keine Sklaven des Verkehrs, sondern individuelle Menschen, die sich die geschäftliche Bestimmungsfreiheit zunutze machen zur Beförderung ihrer besonderen Interessen oder doch dessen, was sie als solche Interessen ansehen." Die Ausschaltung aller individuellen Besonderheiten würde in schroffstem Widerspruche stehen zu dem obersten Grundsatze rechtlicher wie außerrechtlicher Betrachtungsweise: den individuellen Fall auch individuell zu beurteilen (116). Oertmann fragt daher bei Willensergänzungen nicht mit Danz: was hätte in dem zu beurteilenden Falle ein verständiger Mensch unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getan? sondern (mit Brodmann, GoldschmidtsZ. **70** 399), was hätten die Parteien bei Kenntnis oder Erwägung des nicht besonders geregelten Punktes darüber nach ihrer individuellen Eigenart bestimmt? (179/180).

2. Zum Wandel der Wortbedeutung vgl. auch Danz, LeipzZ. **14** 1280 ff., wo ausgeführt wird, daß die Bezeichnung „Pilsener" jetzt zugleich die Bedeutung einer Beschaffenheitsbezeichnung erlangt habe.

3. Wodke, Grundsätzliches zur Lizenzlehre, GewRSchutz **14** 229, über die schwankende Bedeutung des Wortes Lizenz und die Unzulässigkeit einer aprioristischen Feststellung eines obligatorischen oder dinglichen Benutzungsrechts. „Niemand fällt es ein, theoretisch von den Rechtswirkungen des Gartenbenutzungsvertrags zu sprechen, wenn A. dem B. erlaubt, seinen Garten mitzubenutzen. Beim Lizenzvertrage tut man dies aber, macht also aus dem rein tatsächlichen, ganz allgemeinen und stets wiederkehrenden Vorgange des Teilnehmenlassens ein rechtliches Merkmal und zieht hieraus als aus einer juristischen Prämisse juristische Folgerungen."

Anhang. I. Die bereits mehrfach angeführte Schrift von Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 526 Seiten (vgl. die Zusammenfassung des Verf. DJZ. **14** 649 ff.), enthält eine bedeutsame Förderung nicht nur der Lehre von der Auslegung der Rechtsgeschäfte, sondern der Rechtsgeschäfte überhaupt, deren Probleme in zahlreichen Fragen in scharfsinniger Weise mit unmittelbarem Nutzen für die Rechtsanwendung durchforscht werden. Sie ist, wie das Vorwort ergibt, veranlaßt durch die „Überschätzung gesellschaftlicher Beurteilungsfaktoren in der Rechtsanwendung, wie sie das Leitmotiv der Arbeiten von Danz bildet". Den Verkehrsanschauungen komme innerhalb der ihnen vom Staate gezogenen Grenzen ihre große Bedeutung zu. Aber zur Zurückdrängung geltender staatlicher Sätze seien sie nicht imstande. Dies vermöge nur der erklärte Parteiwille, nicht aber die Verkehrssitte als normativer Faktor. Der Hauptnutzen der Oertmannschen Untersuchungen liegt für die Praxis darin, daß sie grundsätzliche Klarheit darüber verschaffen, wie sich die außerjuristischen Beurteilungsmaßstäbe, insbesondere die Verkehrssitte, zu den juristischen verhalten. Hervorzuheben ist aus dem reichen Inhalt folgendes: Unterschied zwischen Rechtsregel und Sittenregel (10): Die Rechtsnorm wird geschaffen von der staatlichen oder doch vom Staate als rechtsbildend anerkannten Zwangsgemeinschaft, die Sittenregel von der freien Sozialgemeinschaft.

Vergleichbar der Rechtsregel ist nur die Sitten r e g e l, während die Sitte als tatsächliche Ü b u n g der Befolgung des Rechtssatzes durch die ihm unterworfenen Personen oder seiner Anwendung durch die dazu berufenen Organe der politischen Gemeinschaft entspricht (25 ff.). Die rechtsgeschäftliche Bedeutung der Verkehrssitte. O e r t m a n n verwirft die ältere Unterwerfungs- und Gesetzestheorie und schließt sich der Erklärungstheorie an: Die Verkehrssitte ist im Rahmen des § 157 ebensowenig Bestandteil der Erklärung wie etwa der individuelle Sprachgebrauch, sie ist vielmehr nur Erkenntnisquelle für das, was als erklärt zu gelten hat (60 ff., 72 ff.). — Die Maßgeblichkeit der Verkehrssitte für die Auslegung ist eingeschränkt durch § 157, die Berufung auf unlautere Verkehrssitte unstatthaft. Ausbeuterische, rein klassenegoistische Verkehrssitten können für unbeachtlich erklärt werden. Dies gilt auch für § 346 HGB. (82 ff., 413 ff.). — Rein nach dem subjektiven Willen des Erklärenden sind die Nichtverkehrsgeschäfte auszulegen, insbesondere die letztwilligen Verfügungen; für ihre Auslegung kommt nur § 133 in Betracht (135 ff.). — Auslegung bei Formalgeschäften: Die w e s e n t l i c h e n B e s t a n d t e i l e des formgebundenen Rechtsakts müssen sich aus der formalen Erklärung ergeben. — Dagegen steht nichts im Wege, alle nicht abstrakt begriffswesentlichen Punkte gegenüber der Formalerklärung erläuternd, ergänzend oder abändernd zu bestimmen, sei es aus der Verkehrssitte, sei es mittels individueller Auslegung. Die Nebenabreden des formgebundenen Aktes sind grundsätzlich nicht formgebunden (139, 140). — Ausdrückliche Willenserklärungen. O e r t m a n n vertritt die weitergehende Ansicht, daß über den „ausdrücklich" zu regelnden Punkt ü b e r h a u p t eine Erklärung in irgendeiner Form vorliegen müsse; die Vorschrift der ausdrücklichen Willenserklärung schließe nur die Willensergänzung, nicht die Willensauslegung aus (148 ff.). — Willensergänzung und Grenzen der Willensergänzung. § 157 bietet für die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung die erforderliche positiv-rechtliche Grundlage (GruchotsBeitr. **54** 388). Die ergänzende Auslegung hat es nicht mit der Sinnesfeststellung besonders geregelter Punkte, mit Erklärungen in diesem Sinne zu tun, sondern mit der Regelung der n i c h t durch Erklärung geregelten Punkte aus dem Z u s a m m e n h a n g e, dem Z w e c k e des G e s c h ä f t s g a n z e n, aber immerhin mit der Auslegung konkreter Tatbestände, nicht mit der Feststellung objektivrechtlicher Sätze oder Wirkungen (175, 176). — Vorschlag, die §§ 133, 157 Auslegungsgrundsätze, nicht Auslegungsregeln zu nennen. § 157 ein formeller Leitsatz, eine methodische Anleitung zur Gewinnung individueller Auslegungsergebnisse (218, 254). — 219 ff.: Ausführungen über den Unterschied zwischen Auslegungsregeln und Dispositivsätzen. Die Dispositivsätze beziehen sich auf den Rechtserfolg, die Auslegungsregeln auf den Tatbestand (229). — Bekämpfung der D a n z schen Lehre, die keinen Unterschied zwischen der Auslegung und der Subsumtion, der Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Tatbestand kennt. Die Parteien schaffen keinen anderweiten R e c h t s i n h a l t, sondern nur einen konkreten G e s c h ä f t s i n h a l t. Mit dem Geschäftsinhalt ist aber die Rechtswirkung noch keineswegs ohne weiteres gegeben. Nicht der Wille oder, wie D a n z meint, das nach der Verkehrssitte gewertete Parteiverhalten, sondern die Rechtsregel schafft die Rechtswirkung (234—248). — Auslegungsregel und Vermutung. O e r t m a n n vertritt die ältere materiellrechtliche Auffassung von der Vermutung gegenüber der neueren, die ihr einen rein prozeßrechtlichen Inhalt zuweist (vgl. besonders H e d e m a n n, Die Vermutung). „Die Vermutungen haben die materiellrechtliche Bedeutung als Vermutungen für den Eintritt des rechtserzeugenden (oder umgekehrt rechtsvernichtenden) Tatbestandes, und darum kann die Partei sich auch außerhalb des Prozesses auf ihren Inhalt zunächst verlassen, ihr Handeln entsprechend einrichten, ohne befürchten zu müssen, daß ihr aus diesem Vertrauen hernach ein Vorwurf gemacht werde. Sie sind maßgebende

Normen für das, womit die Parteien als mit vorhandenen Rechtsverhältnissen und Rechtswirkungen rechnen dürfen und rechnen müssen" (299). — Die Verkehrssitte als Geschäftsinhalt. Sie ist nicht nur Mittel der Auslegung. Es kommt auch nicht selten vor, daß die Parteien sich im Vertrage diesen oder jenen „Usancen", „Geschäftsbedingungen" oder dergleichen unterwerfen oder doch auf sie Bezug nehmen. Die in Bezug genommene Verkehrssitte wird dadurch in blanco zum Bestandteile der Beredung, der lex contractus: Verkehrssitte als Ausfüllungsbegriff, in diesem Sinne bestimmt sie nicht ein Tun der Partei, sondern ein Tunmüssen (307, 308). — Über das Verhältnis der §§ 242 u. 157 vgl. Ziff. I 1 zu § 157. — Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht. Gegen Danz verwirft Oertmann mit der herrschenden Lehre den objektiv-, insbesondere den gewohnheitsrechtlichen Charakter der Verkehrssitte (346 ff.). — Die Verkehrssitte als Bestandteil des Gesetzesrechts. 359 ff.: Gesetzesergänzende und gesetzesauslegende Verkehrssitte. — 374 ff.: Die Bedeutung der Verkehrssitte für die Fortbildung der Rechtsordnung; ein wichtiges Mittel der modernen Gesetzgebungstechnik, daher die Notwendigkeit der intimen Kenntnis der Verkehrsanschauungen für den Richter, der wirtschaftlich soziologischen Schulung. — 386 ff.: Behandlung der örtlichen und persönlichen Anwendungsgebiete der Verkehrssitte. Nichtkaufleute können sich der kaufmännischen Verkehrssitte besonders unterwerfen; erforderlich ein besonderer Unterwerfungsvertrag, der stillschweigend geschlossen werden kann. Regelmäßig Kenntnis der Verkehrssitte erfordert; Ausnahme der Geschäftsabschluß im Bereich eines Geschäftskreises, in dem überall Usancen dieses oder jenes Inhalts bestehen und allgemein für die darunter fallenden Geschäfte angewendet zu werden pflegen, insbesondere also bei Börsengeschäften. — Wenn bei einem Geschäfte mehrere Personen beteiligt und ihrerseits verschiedenen Verkehrssitten unterworfen sind, kann jeder Teil verlangen, nach der für ihn maßgebenden Verkehrssitte (Sprachgebrauch) beurteilt zu werden (Standpunkt von Enneccerus). Folgerung: Es fehlt trotz äußeren Gleichklanges der Worte nicht nur an einer Übereinstimmung des Willens, sondern auch der Erklärungen (Dissens) (406). Vgl. zu § 151. — 423 ff.: Einzelne Anwendungsfälle der gesetzesausfüllenden (normativen) Verkehrssitte; 448 ff.: der Verkehrssitte als Hilfsmittel der Gesetzesanwendung auch ohne ausdrücklichen Hinweis. — 476 ff.: Verkehrssitte und Prozeß. Die Verkehrssitte untersteht, da es sich nicht um die Feststellung individueller Tatsachen, sondern um abstrakte Sätze handelt, nicht dem Gesichtspunkte des Tatsachenbeweises, ebensowenig wie dies bei Erfahrungssätzen der Fall ist. Die Ablehnung des Sachverständigenbeweises kein prozessualer Verstoß, da der Richter das private Wissen verwerten darf. Für die Feststellung der Verkehrssitte hält Oertmann im Gegensatze zur herrschenden Meinung den § 293 ZPO. dann für anwendbar, wenn es sich um ausfüllende (nicht auslegende) Verkehrssitte handelt. — Die Revisibilität wird verneint a) bei auslegender Bedeutung der Verkehrssitte, wenn die Vorinstanz das konkrete Geschäft infolge Mißverständnisses der maßgebenden Verkehrssitte falsch ausgelegt hat, bejaht, wenn die für die Auslegung gesetzlich aufgestellten abstrakten Grundsätze nicht oder in verfehlter Weise zur Anwendung gebracht worden sind (485 ff., 493 ff.). — b) Verneint wird die Zulässigkeit der Revision wegen Falschauslegung der Vertragsnormen, insbesondere gegen Danz, der sie für wahre Rechtsnormen im Sinne der objektiven Rechtsordnung hält (509 ff.). — c) Verneint wird ferner die Zulässigkeit der Revision bei Falschanwendung der gesetzesausfüllenden Verkehrssitte, soweit das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend auf lokale oder partikulare Gebräuche verweist, was durch Einzelanwendung des verweisenden Gesetzes festzustellen ist (zu bejahen für §§ 97 Abs. 1 Satz 2, 151, 242 BGB.). Anders wenn das Gesetz auf eine im Sinne des § 549 ZPO. allgemeine Verkehrssitte verweist.

II. Aus der Rechtsprechung. 1. R. **14** Nr. 2970 (BayObLG.). Bei

nicht völlig klaren Willenserklärungen des Gesetzgebers ist derselbe Weg geboten, der nach § 133 bei Willenserklärungen von Privatpersonen einzuschlagen ist. Führt der Wortlaut zu einem unvernünftigen oder der Absicht des Gesetzgebers offensichtlich widerstreitenden Ergebnisse, so kann daraus auf eine Lücke, eine zu enge oder zu weite Fassung des Gesetzes geschlossen werden.

2. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 498. Auch für Konkurrenzklauseln gilt in der Rechtsprechung des RG. seit langem nicht mehr der Grundsatz, daß Konkurrenzverbote streng auszulegen seien, vielmehr ist zu ermitteln, was unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage und der besonderen Umstände des Falles die Willensrichtung der Parteien gewesen.

3. ZBlFG. **14** 598 (BayObLG.). Anwendung auf Formalakte (Testament, Erbvertrag). Die Auslegung findet nur darin ihre Grenze, daß sie in der vorliegenden Willenserklärung einen wenn auch noch so geringen Anhalt finden muß, und daß sie andererseits einem völlig unzweideutig erklärten Willen nicht geradezu zuwiderlaufen darf. (Die Bestimmung in einem zwischen Ehegatten geschlossenen Erbvertrage, daß nach dem Tode des Zuletztversterbenden Verwandte des einen [oder beider] Ehegatten Erben sein sollen, schließt die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten in sich.)

4. Der Beklagte hatte erklärt, er „wolle" oder „werde" dem Kläger 15 000 M. Heiratsgut geben. **RG.** R. **14** Nr. 1960 verwirft a) daß darin eine tatsächliche Bemerkung, nicht eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung gefunden wurde, b) daß das Versprechen der erforderlichen Bestimmtheit hinsichtlich Zeit, Ort oder der näheren Umstände entbehre. (Der Kläger hatte seiner Darlegungspflicht dafür genügt, daß das Versprechen als ein ernstliches, rechtlich bindendes abgegeben. Der Beklagte hatte zu beweisen, daß er eine unverbindliche Erklärung abgegeben.)

5. **RG.** LeipzZ. **14** 1656 Nr. 1. Eine übereinstimmende Erklärung der Parteien über den Vertragsinhalt liegt jedenfalls nicht schon dann vor, wenn die Parteien nur erklären, der vom LG. angenommene Vertragsinhalt sei nicht gewollt, im übrigen aber an ihren widersprechenden Erklärungen festhalten. — Vgl. im übrigen die Entscheidungen zu § 157.

§ 134. 1. SächsRpflA. **14** 356, GewuKfmG. **14** 224 ff. (LG. Dresden). Die Abrede der Lohnverwirkung für den Fall des Vertragsbruchs macht die Lohnforderung des Arbeiters von einer echten Bedingung abhängig, sie verstößt weder gegen § 2 LohnBG. noch gegen § 119 GewO. Ebenso GG. Kiel bezüglich des Anspruchs auf Akkordüberschuß (GewuKfmG. **14** 245 ff.).

2. **RG.** JW. **14** 185 Nr. 1. Nichtigkeit eines Vertrags wegen Verstoßes gegen §§ 4, 5, 7 PrKommAbgG. Lösch- und Ladegeld für Benutzung von Hafeneinrichtungen verliert nicht den Charakter einer öffentlich rechtlichen Gebühr, wenn die Erhebung einem Privatpächter überlassen ist. Ein Vertrag, durch den sich der Pächter verpflichtet, einem Benutzer der Hafenanlagen einen Nachlaß auf die festgesetzten Tarifsätze zu gewähren und in seinem Interesse andere von der Benutzung der Einrichtungen auszuschließen, ist gemäß § 134 nichtig.

3. **RG.** **84** 100 ff., WarnE. **14** 154, R. **14** Nr. 742. Die preußische Rentengutgesetzgebung verstößt auch insoweit, als sie die Ansiedelungsgüter betrifft, weder gegen die Reichsgesetzgebung noch gegen die guten Sitten (vgl. den Vorbehalt des Art. 62 EGBGB.). — Verneint auch der Verstoß gegen das Freizügigkeitsgesetz unter Hinweis auf **RG.** **73** 16 und den Vorbehalt der Artt. 58, 59, 63 ff., 119 Ziff. 1 und 2 EGBGB. — Die Sittenwidrigkeit unter Hinweis auf **RG.** **55** 78, **73** 16, **77** 419, GruchotsBeitr. **51** 807 verneint.

4. OLG. Bamberg 28. 4. 14. Nichtig die Umgehung des bayerischen Güterzertrümmerungsgesetzes vom 13. August 1910 durch Scheinbevollmächtigung. Mitgeteilt von Gechter, R. **14** 389.

5. Sieskind, R. 14698. Bundesratsverordnung vom 30. September 1914, betreffend Zahlungsverbot gegen England, Verbotsgesetz im Sinne des § 134. Bendix, Bürgerliches Kriegssonderrecht 1914 S. 47. Das Höchstpreisgesetz vom 4. August 1914 ein gesetzliches Verbot.

6. **RG.** LeipzZ. **14** 670 Nr. 2. Der gerichtliche Vergleich erzeugt nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes keine andere Wirkung als der außergerichtliche. Der aus einem gerichtlich abgeschlossenen Prozeßvergleich erhobenen Klage auf Erfüllung des Vergleichs kann deshalb ebenfalls der Einwand entgegengestellt werden, der Vergleich sei, weil er über ein verbotenes Rechtsgeschäft abgeschlossen sei, nichtig.

§ 135. Wehrmann, BayNotZ. **51** 81 ff. Die Wirkungen der Verfügungsbeschränkung bei Weiterveräußerung eines Grundstücks während des Zwangsenteignungsverfahrens (nach BayG. vom 17. November 1837).

§§ 135, 136. a) ZBlFG. **14** 676 Nr. 794 (Stuttgart). Ein gegen den Grundstückseigentümer eingetragenes Veräußerungsverbot zugunsten bestimmter Personen hindert nicht die Eintragung von Verfügungen, die der Eigentümer verbotswidrig getroffen hat. Die Eintragung eines relativen Veräußerungsverbots ist unzulässig, wenn sie die Person nicht ergibt, zu deren Gunsten das Verbot erging. b) Ebenso ElsLothNotZ. **14** 117, ZBlFG. **14** 676 Nr. 796 (Colmar).

§ 137. **RG.** R. **14** Nr. 2224. Die Vereinbarung, daß der Erwerber die Hypothek bei Vermeidung des Verlustes der Haftung des Zedenten oder eines Dritten für Existenz und Güte nicht abtreten dürfe, trifft nicht den Fall der Verpfändung, mögen auch dem Pfandgläubiger gewisse über die gesetzlichen hinausgehenden Befugnisse gewährt sein.

§ 138. I. 1. a) *Th. Wolff, Zum Sittengesetz, LeipzZ. **14** 1268 ff. Der Begriff der guten Sitten bestimmt sich durch das Anstandsgefühl der billig und gerecht denkenden Volksgenossen. Diese Mehrheit wird auch durch den Gesetzgeber dargestellt; was der Gesetzgeber als zulässig ansieht, ist daher nicht unsittlich, und was der unverkennbaren Absicht und dem Zwecke des Gesetzes widerstreitet, ist unsittlich. Deshalb ist unsittlich und nichtig: die Vereinbarung des Kontraktbruchs, — die Verabredung, daß ein Grundstück nicht an eine Person deutscher Nationalität veräußert werden dürfe (eine solche Vereinbarung verstoße gegen die Grundsätze, die in Preußen im Interesse des Gemeinwohls für erforderlich gehalten werden; aM. **RG. 77** 419), — die Übernahme der Verpflichtung seitens eines Arbeitgebers, nichtorganisierte Arbeiter nicht einzustellen (weil sie mit dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers in §§ 152, 153 GewO. im Widerspruche steht, vgl. **RG. 60** 95), — der 1500-M.-Vertrag (weil die ZPO. der Zwangsvollstreckung das gesamte Vermögen und das LohnBG. den Entgelt über 1500 M. unterwerfe). Dagegen ist die Übernahme einer Verpflichtung unter Verpfändung des Ehrenworts (entgegen **RG 68** 229, **74** 332, **78** 258) nicht unsittlich (weil das Gesetz die Anrufung Gottes für vermögensrechtliche Verhältnisse als zulässig erkläre und die Verpfändung des Ehrenworts der Anrufung Gottes nahestehe). **b)** Vgl. hierzu Striemer, JW. **13** 184, Levin aaO. 103, 104. Zu berücksichtigen ist der Wechsel der Anschauungen. Das Gesetz kann die Volksgenossen nicht zwingen, seine Auffassung als sittengemäß anzusehen.

2. Bittinger, Kartellträger, gute Sitten und Gericht, DRZ. **14** 386 ff. Die Gesetzesvorschrift weist den Richter an, die Entscheidung nicht schlechthin nach seiner eigenen moralischen Auffassung zu treffen. Er muß die sittliche Auffassung des nach seiner pflichtgemäß erworbenen Überzeugung maßgebenden Kreises kennen und sich vorhalten, die alsdann als Motiv für ihn wirkt. Wenn sich aber eine solche nicht feststellen läßt, so muß er so entscheiden, daß er dabei die Überzeugung hat, daß andere zum Urteile fähige und berufene Menschen seine Entscheidung auch als moralisch richtig zu verstehen vermögen (392).

3. Roth, Recht und Billigkeit, RuWirtsch. **3** 46 ff.

II. Aus der Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1. 1. Abstimmung. a) LeipzZ. 14 273 (Düsseldorf). Ein Zusammenlegungsbeschluß der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft verstößt nicht schon deswegen gegen die guten Sitten, weil er bezweckt, einen Aktionär hinauszudrängen. Das Gesetz erklärt, indem es die Herabsetzung des Grundkapitals auf dem im § 290 HGB. bezeichneten Wege gestattet und die Beschlußfassung hierüber der Generalversammlung überläßt, insoweit die teilweise „Enteignung" des Aktionärs für zulässig. b) RG. JW. 14 928 Nr. 14, DJZ. 14 1210. Die ernstgemeinte Veräußerung von Aktien zu dem Zwecke, eine Mehrheit für einen Fusionsbeschluß herbeizuführen, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

2. Abzahlungsvertrag. a) KGBl. 14 58 (LG. III Berlin). Die Bestimmung von Abzahlungsverträgen, daß alle Gegenstände dem Eigentumsvorbehalte des Verkäufers unterliegen, bis die Gesamtschuld aus mehreren Abzahlungsverträgen bezahlt ist, verstößt nicht gegen die guten Sitten. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die einzelnen Gegenstände durch einen einzelnen Vertrag oder durch mehrere Verträge hintereinander gekauft sind. b) AA. KGBl. 14 58 (AG. Berlin-Schöneberg). Die Abrede sei nichtig, weil sie den wirtschaftlich schwächeren Abzahlungskäufer, aber auch seine Gläubiger unbillig in ihren Rechten verkürze (während das LG. III ausführt: Die wirtschaftliche Abhängigkeit könne der Schuldner dadurch umgehen, daß er die Sachen von einem anderen Geschäfte kauft. Die alten abgenutzten Sachen gewährten keine Sicherheit. § 366 sei dispositives Recht). c) Vgl. auch Eisner, JW. 14 263. Die Abrede verstoße gegen Sinn und Zweck des Gesetzes über die Abzahlungsgeschäfte, die dahin gingen, dem wirtschaftlich schwächeren Käufer die Möglichkeit des Erwerbes von Dingen zu geben, die er bei sofortiger Barzahlung nicht erwerben könne. Entnehme er (durch einen späteren Vertrag) z B. wenige, minder wertvolle Gegenstände, so werde ihm dadurch die Erwerbsmöglichkeit bezüglich des ersteren, wertvolleren Postens genommen. Durch die beliebige Verrechnung könne der Verkäufer willkürlich die Rückgewähr gerade der wertvolleren Gegenstände herbeiführen.

3. Anwaltshonorar. RG. R. 14 Nr. 2226. Ein Vertrag über Teilung der Streitsumme zwischen Partei und Anwalt (pactum de quota litis) verstößt gegen die Berufspflichten, weil er die Stellung des zur Teilnahme an der Rechtspflege berufenen Anwalts auf die eines Gesellschafters der Partei herabdrückt (EGH. 5 274, 7 121). Er verstößt zugleich gegen die guten Sitten und ist daher nichtig. — Ebenso ÖstOGH., mitgeteilt von Meisl, JBl. 14 309, der die Frage von Fall zu Fall entschieden wissen will und sich dafür auf die Motive zu § 19 der neuen AdvokaturO. beruft.

4. Ausgleichungseinreden. RG. 84 208 ff., JW. 14 462 Nr. 3. Ein Vertrag, durch welchen der Versicherer des einen Ersatzpflichtigen sich die Rechte des Beschädigten gegen einen Gesamtschuldner abtreten läßt, um diesem die Ausgleichungseinrede abzuschneiden, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

5. Automatenlieferungsverträge. Hipp aaO. (s. oben zu § 123 Ziff. 5) hält § 138 Abs. 1 für anwendbar auf Grund der Feststellung, daß der ein Kleingewerbe treibende, in seinen Mitteln beschränkte Besteller durch diese langfristigen, lästigen Verträge in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt werde (RG. 76 78). Zu berücksichtigen sei die erhebliche Belastung des Bestellers, das vollständige Fehlen einer Gefahr bei der liefernden Firma, der äußerst geringe Gewinn des Bestellers gegenüber dem sehr erheblichen Nutzen der Lieferanten.

6. Bordellhäuser (JDR. 11 II 2). a) HessRspr. 14 192 (Darmstadt). Nichtig ist der Verkauf eines Hauses, in dem ein Bordellgeschäft betrieben wird. Auflassung und Hypothekenbestellung gültig; die Hypothek steht aber wegen Nichtigkeit der gesicherten Forderung dem Käufer als Eigentümergrundschuld zu. b) SeuffA.

69 217 (Frankfurt) behandelt den Verkauf eines Hauses in einer künftig zu Bordellkasernen bestimmten Straße. Da durch obrigkeitlichen Eingriff der Charakter der Straße erheblich beeinflußt worden war, sei dem Verkäufer ein Verstoß gegen die guten Sitten selbst dann nicht zur Last zu legen, wenn er sich der Übermäßigkeit des Kaufpreises bewußt gewesen wäre.

7. Dienstvertrag (JDR. **12** 7). a) **RG.** SeuffA. **69** 239, R. **14** Nr. 6. In der Gewährung des Anteils am Reingewinn an einen Handlungsgehilfen als Entlohnung für seine Dienste liegt, auch wenn der Gewinnanteil nicht neben einem festen Gehalt, sondern an Stelle eines solchen gewährt wird, ein Verstoß gegen die guten Sitten nur dann, wenn die besonderen Umstände des Falles die Vereinbarung verwerflich erscheinen lassen (z. B. wenn zur Zeit des Abschlusses des Vertrags damit zu rechnen gewesen wäre, daß der Handlungsgehilfe einen angemessenen Gewinnanteil nicht erhalten werde, und wenn er von der Gegenpartei unter Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen Überlegenheit zur Annahme ungünstiger Bedingungen bestimmt worden wäre). **b**) GewuKfmG. **19** 353 (KfmG. Bremen). Nicht sittenwidrig die Abrede, nach welcher der Handlungsreisende ein zu Geschäftszwecken zu benutzendes Fahrrad vom Prinzipal erwerben und sich den Kaufpreis in Raten vom Lohne abziehen lassen sollte. (Der Erwerb erfolgte nicht ausschließlich im Interesse des Geschäfts, sondern auch des Klägers als Provisionsreisenden, und nur die Hälfte des Kaufpreises war zu vergüten. Vgl. den etwas anders liegenden Fall aaO. **17** 13.) **c**) Streitig ist, ob und unter welchen Voraussetzungen die Abrede rechtsgültig ist oder gegen die guten Sitten verstößt, nach welcher kein Rechtsanspruch auf die Gratifikation besteht und die Auszahlung ausgeschlossen ist, wenn der Angestellte vor dem Zahlungstag ausscheidet. Verneint vom KfmG. Hamburg 19. 3. 14, bejaht vom KfmG. Berlin 5. 2. 14 (GewuKfmG. **14** 325 ff.).

8. Ehescheidung (JDR. **11** 13 **d** β). **RG.** LeipzZ. **14** 1753 Nr. 2, Gruchots Beitr. **58** 897 hält daran fest, daß Abmachungen der Ehegatten über die Regelung der Unterhaltspflicht zur Erleichterung der Ehescheidung nichtig sind. Im gegebenen Falle war auch eine zulässige Erleichterung (weil es sich etwa darum gehandelt habe, das Verfahren bei Vorliegen eines Scheidungsgrundes abzukürzen) nicht anzunehmen. Die Einrede der Arglist gegenüber der Unterhaltsklage der Ehefrau nach erfolgter Scheidung abgelehnt; sie dürfe nicht dahin führen, daß einem wegen Verstoßes gegen § 138 nichtigen Rechtsgeschäfte auf einem Umwege Geltung verschafft werde.

9. Ehrenwort (JDR. **12** 11). R. **14** Nr. 1654 (Naumburg). Die Verpfändung des Ehrenworts eines Angestellten für die Erfüllung seiner Pflichten macht den Dienstvertrag dann nicht nichtig, wenn die Parteien sie nur für eine nebensächliche Bestärkung der rechtlichen Verpflichtungen, nicht für eine wesentliche Voraussetzung des Zustandekommens des Vertrags angesehen haben. Vgl. auch den Fall **RG.** LeipzZ. **14** 1357 Nr. 3, wo angenommen ist, daß der Vertrag auch ohne Bindung des Klägers auf Ehrenwort abgeschlossen sein würde. Vgl. auch Ziff. 17 f.

10. Gastwirtswesen (JDR. **12** 4). a) **RG.** R. **14** Nr. 1241. Der Kaufvertrag über ein Schankgeschäft zu dem Zwecke, daß der Käufer, der selbst die Konzession nicht erlangen kann, das Schankgewerbe zwar für eigene Rechnung betreiben, ein Dritter aber (sein Sohn) die Konzession nachsuchen und erlangen soll, ist nichtig, wenn diese Absicht des Käufers dem Verkäufer bekannt war; ein derartiges Hintergehen der Behörde widerstreitet den guten Sitten. (Vgl. über Stellvertretung oder Pacht von Wirtschaften Schmid, WürttRpflZ. **14** 152 f.) **b**) OLG. **28** 30 (Hamburg). Einsetzung eines Geschäftsführers für eine Schankwirtschaft nicht für sittenwidrig erachtet, obwohl der materielle Anteil des Klägers an der Wirtschaft sich nach innen lediglich auf 10 pCt. eines etwaigen Überschusses beschränkte, ferner in der Entsch. vom 30. 1. 13 (aaO. 13) verneint die Haftung des Trägers der Schankerlaubnis, der zum Schein ein Stellvertreterverhältnis für einen anderen begründete,

aus den von diesem geschlossenen Geschäften (vgl. dagegen SeuffA. **61** 305). **c)** OLG. **28** 32 (Hamburg) erklärt Bierlieferungsvertrag für unsittlich, weil die Verpflichtung für die Dauer der Mietverlängerung des Lokals übernommen, was in der Tragweite völlig unübersehbar. **d)** R. **14** Nr. 1242 (BayObLG.) schließt sich nicht der in der Rechtslehre vertretenen Ansicht an, daß ein auf mehr als 10 Jahre abgeschlossener Bierlieferungsvertrag schon wegen dieser Dauer gegen die guten Sitten verstößt. Die gesamten Verhältnisse der Vertragschließenden zur Zeit des Vertragschlusses, ihre wirtschaftliche Lage, ihre beiderseitigen Bedürfnisse, ihre Zwecke, die sie mit dem Vertragsschlusse verfolgen, die Leistungen beider Teile und ihre Kreditwürdigkeit seien in Betracht zu ziehen. Der Vertrag verstoße nur dann gegen die guten Sitten, wenn der wirtschaftlich Stärkere, in der Regel der Brauer, den wirtschaftlich Schwächeren übermäßig ausnützt. — Ebenso **RG.** R. **14** Nr. 1390, wo aber die Unsittlichkeit wegen Beifügung einer empfindlichen Vertragsstrafe (1000 M. für jeden Zuwiderhandlungsfall) ohne Rücksicht auf das Ermäßigungsrecht des § 343 angenommen war. (Die Nichtigkeit des privatschriftlichen Vertrags griff auf den notariell vereinbarten Wirtschaftstausch hinüber, da beide Verträge einheitlich gewollt waren, § 139.) **e)** R. **14** Nr. 2227 (Nürnberg). Verstoß gegen § 138 angenommen bei einem Vertrage mehrerer Brauereien, durch den sie sich verpflichteten, den Ausschank- und Abgabepreis für Faß- und Flaschenbier um mindestens 2 M. für den Hektoliter zu erhöhen, weil Art. 75 Abs. 1 BayMalzaufschlagsG. vom 18. März 1910 nur die Erhöhung um den — erheblich niedrigeren — Betrag zuläßt, um den der Malzaufschlag für 1 hl des in der Brauerei hergestellten Bieres erhöht wird.

11. Heilbehandlung. **a) RG.** R. **14** Nr. 1530. Die vornehme Gesinnung, durch die sich gewisse Kreise und Personen auszeichnen, bildet kein Maß für die Begriffsbestimmung der guten Sitten im Rechtsverkehre. Daher kein unsittliches Geschäft angenommen, wenn der Anstaltsarzt mit einer unter seiner Behandlung stehenden, an Nervosität erkrankten, mehr oder weniger seinem Einflusse zugänglichen Patientin einen Honorarvertrag schließt. **b) RG.** ThürBl. **61** 91. Nach Lage der Gesetzgebung ist die Heilbehandlung durch nicht approbierte Personen nicht verboten. Wer sich oder seine Pflegebefohlenen in Behandlung solcher Personen begibt, muß wissen und weiß, daß er ein Heilverfahren, wie es die ärztliche Kunst und Wissenschaft vorschreiben und zulassen, nicht zu erwarten hat. Wenn sich unter solchen Umständen die um Hilfe angegangene Person durch eine Erklärung des Nachsuchenden, wonach er auf alle Ansprüche wegen unsachgemäßer Behandlung im voraus verzichtet, sicherzustellen sucht, so liegt hierin kein Verstoß gegen die guten Sitten.

12. Spiel. **RG.** JW. **14** 296 Nr. 3, LeipzZ. **14** 762, BayRpflZ. **14** 148. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn ein Klub, der hauptsächlich zu dem Zwecke gegründet ist, seinen Mitgliedern ein Glückspiel mit hohen Einsätzen zu ermöglichen, diesen Darlehen aus der Klubkasse während des Spiels gibt, um ihre Spiellust anzuregen oder sie zur Fortsetzung des Spieles bei Verlust in den Stand zu setzen.

13. Submissionswesen (JDR. **12** 14). **RG.** JW. **14** 976 Nr. 1, R. **14** Nr. 2840, 2841. Unternehmerverbände zur Regelung der auf öffentliche Ausschreibungen abzugebenden Vertragsangebote verstoßen gegen die guten Sitten, wenn es die Beteiligten darauf abgesehen haben, übermäßige Preise zu erzielen, insbesondere wenn sie dies durch planmäßige Irreführung des Bestellers zu erreichen suchen, oder wenn sie in unlauterer Weise danach trachten, jeden auf gesunder wirtschaftlicher Geschäftsbetätigung beruhenden Mitbewerb anderer Unternehmer auszuschließen. Auf die Möglichkeit des Mißbrauchs der Abrede im einzelnen Falle kommt es nicht an, sondern sie sind nur sittenwidrig, wenn sie als objektive Normen nach Inhalt und Zweck auf unlautere Geschäftspraktiken berechnet sind.

14. Schweigevertrag. a) R. 14 Nr. 460 (Colmar). Ein Vertrag, durch den einer unehelichen Mutter eine gewisse Summe seitens des Schwängerers zugesichert wird gegen die Verpflichtung, über die Person des Schwängerers absolutes Stillschweigen zu bewahren, verstößt dann nicht gegen die guten Sitten, wenn für die Mutter keine gesetzliche oder moralische Pflicht zur Offenbarung der Person des Schwängerers besteht, und der Vertrag auch nicht dahin zu verstehen ist, daß er die Mutter zu einer sonstigen moralisch verwerflichen Handlung, insbesondere einer Belügung des Vormundschaftsgerichts verpflichtet. Ein Verstoß gegen die moralische Verpflichtung zur Nennung des Schwängerers nicht vorhanden, wenn die Mutter der Ansicht sein konnte, daß durch den Vertrag besser für das Wohl des Kindes gesorgt würde als durch Erhebung der Unterhaltsklage. **b)** **RG.** R. 14 Nr. 2972. Hat eine Frau, mit der ein Mann ein Verhältnis unterhalten, sich durch Vertrag mit dem Manne gegen Zahlung einer Entschädigung verpflichtet, ihren bisherigen Wohnsitz zu verlassen, so ist ein solches Verbot wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Ein solches ohne jede zeitliche Grenze gegebenes Verbot steht im Widerspruche mit § 1 FreizügG. vom 1. November 1867 und beschränkt in unzulässiger Weise die persönliche Bewegungsfreiheit der Beklagten.

15. Sicherungsübereignung (vgl. o. § 117 II). a) **RG.** R. **14** Nr. 891. Sittenwidrig und deshalb nichtig sind Verträge, wodurch sich der Schuldner seines gesamten, auch des zukünftigen Erwerbes zugunsten eines Gläubigers entäußert, so daß er tatsächlich zu dessen Werkzeug herabsinkt, während er nach außen den Schein eines selbständigen Gewerbebetriebs aufrechterhält. **b)** OLG. **28** 33 (Rostock) erklärt die Übertragung des gesamten Lagerbestandes und des ganzen hauswirtschaftlichen Inventars für nichtig. **c)** **RG.** R. **14** Nr. 894 hält im Gegensatze zu der Übertragung der gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Aktivbestandteile eines kaufmännischen Geschäfts die Sicherungsübereignung der Maschinen und des Geschäftsinventars an sich nicht für einen Verstoß gegen die guten Sitten. **d)** **RG.** LeipzZ. **14** 934 Nr. 1, GruchotsBeitr. **58** 825, R. **14** Nr. 743. Nichtigkeit der Sicherungsübereignung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten angenommen, wenn sie in der beiderseitigen Absicht geschieht, dem überschuldeten bisherigen Eigentümer nach außen hin den Schein der Kreditwürdigkeit zu geben, wie sie ihm in solchem Umfange tatsächlich nicht zukam. Vgl. hierzu das DRZ. **14** 661 ausführlich wiedergegebene Urteil des OLG. Naumburg, ferner WürttRpflZ. **14** 63 (Stuttgart).

16. Treuhänder. **RG.** WarnE. **14** 199, R. **14** Nr. 895. Verstoß gegen die guten Sitten liegt vor, wenn der Treuhänder, noch bevor sein Amt erledigt war, hinter dem Rücken der Gläubiger und im Widerspruche zum Akkordvertrage die volle Befriedigung seiner Forderung, also eine die übrigen Akkordgläubiger zurücksetzende Sonderbegünstigung erlangt.

17. Vertragsstrafe und Wettbewerbsverbot. a) **RG.** LeipzZ. **14** 587 Nr. 1, BayRpflZ. **14** 106, R. **14** Nr. 313. Sittenwidrigkeit des Vertrags schon wegen der Möglichkeit der Häufung der Vertragsstrafe angenommen, die dahin hätte führen können, daß der Beklagte der Klägerin in kurzer Zeit einen Betrag schuldig geworden wäre, der sein Jahreseinkommen (15 000 M.) in ganz außerordentlichem Maße überstiegen und ihn wirtschaftlich zugrunde gerichtet hätte. **b)** **RG.** JW. **14** 877 Nr. 15, R. **14** Nr. 1961—1963. Nichtigkeit der Vertragsstrafe angenommen bei der Abrede: 200 M. täglich — auf Grund eines Lieferungsvertrags über Knopfhalter im Gesamtbetrage von 1500—2000 M. —, wenn der Lieferant nicht wenigstens 80 pCt. des jeweilig zu liefernden Teilquantums in brauchbarer Weise bis zum festgesetzten Liefertermin und die verbleibenden 20 pCt. bis zum Ablaufe der Nachfrist (von $^1/_5$ der Hauptlieferfrist) in brauchbarer Weise liefern würde — zahlbar bis zur vollständigen ordnungsmäßigen Lieferung. — § 138 für anwendbar erachtet, obwohl die Herabsetzung nach § 348

HGB. ausgeschlossen war. Maßgebend für die Anwendbarkeit die Sachlage zur Zeit des Vertragsschlusses, nicht wie sich nachträglich die Dinge mit oder ohne Schuld des Verpflichteten gestaltet haben. **c)** BadRpr. **14** 137 (Karlsruhe). Das Versprechen einer Vertragsstrafe von 10 000 M. für jeden Fall der Zuwiderhandlung nicht für nichtig erachtet zugunsten der Singer-Kompagnie. Unter einem Falle der Zuwiderhandlung zu verstehen das auf einem Willensentschlusse beruhende, den Verbindlichkeiten aus dem Reverse zuwiderlaufende Verhalten des Beklagten. Es wird deshalb die gleichzeitige Lieferung mehrerer Maschinen an denselben Käufer, ebenso der gleichzeitige Versand mehrerer Kataloge an verschiedene Personen in der Regel als eine Zuwiderhandlung anzusehen sein. Bei dieser Auslegung werden solche Vertragsstrafen nicht verfallen können, die in ihrer Gesamtheit abnorm große Summen ergeben. **d)** **RG.** R. **14** Nr. 893. Bei der Frage der Nichtigkeit einer vertraglichen Wettbewerbsbeschränkung ist zu berücksichtigen, ob der Verpflichtete noch fähig ist, seine Kräfte einer anderen kaufmännischen Tätigkeit zu widmen, und in welchem Umfange er von dem anderen Teile entschädigt worden ist. **e)** R. **14** Nr. 1786 (Colmar). Eine Klausel, die dem Veräußerer ohne zeitliche Beschränkung in einem Umkreise von 30 km vom Sitze des Geschäfts die Ausübung des Gipsergewerbes bei einer Vertragsstrafe von 3000 M. verbietet, verstößt nicht gegen die guten Sitten. § 1 GewO. verbietet nicht vertragsmäßige Beschränkungen der Gewerbeausübung. **f)** SchlHolstAnz. **14** 85 (Kiel). Nichtig die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots, die unter Verpfändung des Ehrenworts des Verpflichteten eingegangen ist. Diese Nichtigkeit wird nicht durch nachträglichen Verzicht auf die ehrenwörtliche Bindung geheilt. (Hinzu kam die Höhe der Vertragsstrafe, 50 000 M. bei 3000 M. Gehalt.) **g)** **RG.** R. **14** Nr. 2230. Ein Wettbewerbsverbot, das die im § 133 GewO. gesetzten Grenzen überschreitet, ist vom Richter auf das richtige Maß zurückzuführen; § 138 Abs. 1 aber anzuwenden, wenn das Verbot gegen die guten Sitten verstößt. **h)** *B a u m , Wettbewerbsverbot 193 ff., 209. Der Standpunkt des Reichsgerichts, der die Rechtsgültigkeit eines Wettbewerbsverbotes in den freien Berufen (Patentanwälte, Zahnärzte, Künstler) von dem Vorliegen oder Nichtvorliegen des Erfordernisses staatlicher Approbation für den Beruf abhängig macht, ist nicht zu billigen. Die herrschende Sittenanschauung geht bei der Frage der Sittenwidrigkeit eines Wettbewerbsverbotes von diesem Gesichtspunkt nicht aus. Das Wettbewerbsverbot außerhalb des Handlungsgehilfenvertrages wird durch das Gesetz vom 10. 6. 14 nicht berührt, untersteht vielmehr lediglich den Vorschriften des § 138. Dort werden die einzelnen Fragen des Wettbewerbsverbotes beim Mietsvertrag, Kartellen, Submissionen, Tarifvertrag, Koalition, Veräußerung und Auflösung eines Unternehmens erörtert.

18. D e r 1500-M. - V e r t r a g. Vgl. oben § 107 zu V. **a)** α. H a v e n s t e i n, JW. **14** 733—735, behauptet, das RG. habe sich seiner früheren Rechtsprechung zu § 138 nicht erinnert und es unterlassen, sich zunächst über die Anschauungen des Verkehrs und des Volksbewußtseins mit Beziehung auf den 1500-M.-Vertrag zu unterrichten. Vgl. dagegen L e v i n, DJZ. **32** 93 ff. β. S c h u b a r t, JW. **14** 441 ff., bekämpft u. a. den von S t r i e m e r, JW. **13** 187, und B e c k e r, LeipzZ. **13** 648, verteidigten Satz, daß im Falle der Nichtigkeit der Arbeitgeber dem Pfändungsgläubiger die an die Ehefrau geleisteten Zahlungen entgegensetzen könne, weil diese mit dem Willen des Angestellten erfolgt seien. Dagegen könne der Arbeitgeber dem Pfändungsgläubiger die an die Ehefrau geleisteten Zahlungen insoweit entgegensetzen, als hierdurch gesetzliche Unterhaltspflichten des Angestellten erfüllt worden seien. Zur Rechtsprechung des RG. über die Sittenwidrigkeit des Vertrags wird hervorgehoben, die Dehnbarkeit des Begriffs habe auch ihre guten Seiten; so gestatte sie, auch Dinge wie den Ursprung der Schuldforderung zu berücksichtigen. Vgl. zum letzteren Punkte aber L e v i n aaO. 115 ff. γ. M a c k e, JW. **14** 735, bestreitet (gegenüber S c h u-

bart), daß dem Gläubiger auf dem direkten Wege über den Schuldner zum Arbeitgeber zu helfen sei. Im Verhältnisse zum Ehemann und dessen Gläubigern sei die Ehefrau um den Anspruch (der ihr schenkungsweise zugewendet sei, vgl. auch Sautter, PosMSchr. **14** 32 ff.) ungerechtfertigt bereichert, und diese Ansprüche könnten die Gläubiger pfänden. **b)** α. SeuffA. **69** 59 (Dresden) folgt dem RG. in einem Falle, in dem an Stelle eines Handlungsreisenden dessen Frau angestellt und ermächtigt war, die Reisen durch ihren Mann ausführen zu lassen, weil der im vollen Umfange der Frau zufließende Ertrag der Arbeit des Schuldners den zum standesgemäßen Unterhalt des Schuldners und seiner Familie erforderlichen Betrag nicht überschritt (vgl. **RG. 81** 45, 46). Ebenso WürttJ. **26** 140 ff., LeipzZ. **14** 1235 (Stuttgart), wo der Geschäftsherr den Abschluß des Vertrags herbeigeführt hatte, um einerseits seinen Prokuristen von der Gefahr von Gehaltspfändungen befreit zu sehen und andererseits ihm eine standesmäßige Lebenshaltung zu sichern. β. Auch die Kaufmannsgerichte (vgl. hierüber Levin aaO. 92 Anm. und Breit aaO. 88 ff.) entscheiden zum Teil nach den Grundsätzen des höchsten Gerichtshofs. Vgl. z. B. LeipzZ. **14** 266 (KfmG. u. LG. Dresden). Das RG. selbst hält an seinen **RG. 69** 59, **81** 41 u. JW. **12** 689 Nr. 13 ausgesprochenen Grundsätzen fest (**RG.** LeipzZ. **14** 391). γ. Aus den Fällen, in denen Nichtigkeit des Vertrags wegen Sittenwidrigkeit angenommen wurde, vgl. insbesondere KGBl. **14** 22 (LG. II Berlin) u. OLG. **28** 20 (KG.).

III. Aus der Rechtsprechung zu § 138 Abs. 2. 1. **RG.** WarnE. **14** 157, R. **14** Nr. 1389, 1389 a. Das Gesetz begreift entsprechend dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter „Unerfahrenheit" jeden Mangel an Erfahrung, nicht nur einen Mangel an geschäftlicher Erfahrung überhaupt, sondern auch einen Mangel an Erfahrungen in landwirtschaftlichen Dingen (vgl. **RG. 60** 9). — Der vertragschließende Ehegatte, der an der Bewucherung von seiten des anderen nicht teilgenommen, muß diese gegen sich gelten lassen, wenn er das Verhalten des anderen bei den Verhandlungen als eigenes gelten und nicht nur die sich daraus ergebenden Vorteile, sondern auch die daraus entspringenden Nachteile sich hat zurechnen lassen wollen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2382. Die Feststellung der Notlage setzt voraus, daß der angeblich Bewucherte sich von anderer Seite die nötigen Mittel nicht hat verschaffen können.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2036. Liegt in einem Falle auch ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor, fehlt es aber an der Notlage, dem Leichtsinn oder der Unerfahrenheit, so kann ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des Abs. 1 doch nur angenommen werden, wenn zu jenem Umstande noch andere, von einer verwerflichen Gesinnung zeugende Umstände hinzutreten.

IV. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. **RG.** JW. **14** 834 Nr. 12, GruchotsBeitr. **58** 891 ff. hält an der früheren Praxis fest, daß eine Nichtigkeit der zur Gläubigerbenachteiligung vorgenommenen Rechtsgeschäfte gemäß §§ 134, 138 auch dann abzulehnen ist, wenn der Tatbestand ein solcher ist, daß er einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten enthält (**RG. 69** 147, GruchotsBeitr. **49** 351). Im gegebenen Falle wurde jedoch die Nichtigkeit bejaht, weil der Kläger durch Abschluß des zugrunde liegenden Vertrags und die Auflassung des Grundstücks an den Beklagten gegen § 288 StGB. und der Beklagte gegen §§ 288, 49 StGB., beide gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hatten.

V. Berücksichtigung von Amts wegen. **RG.** R. **14** 744. Die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Da es sich im § 138 um zwingendes, im öffentlichen Rechte verordnetes Recht handelt, so hat das Gericht, auch wenn nur Anfechtbarkeit geltend gemacht ist, von Amts wegen zu prüfen, ob nicht die weitergehenden Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 gegeben sind.

§ 139. 1. **RG.** SeuffA. **69** 57: § 139 nicht anwendbar, wenn die Beteiligten eine Abrede, die ihrem Willen entsprechend der rechtlichen Bedeutung entbehrt, mit einer solchen von rechtsgeschäftlicher Bedeutung in einheitliche Verbindung bringen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2039 über die Anwendung auf einen Fall, in dem die Parteien damit gerechnet haben, daß ein Teil eines einheitlichen Geschäfts (Sorge für die Person) unwirksam sein würde.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 104. Die allgemeine Vorschrift des § 139 BGB. muß hinter den besonderen Vorschriften des § 75 GmbHG. zurücktreten, wonach eine GmbH. nur in ganz bestimmten Fällen für nichtig erklärt werden kann. Die Nichtigkeit einer einzelnen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags macht daher den übrigen Gesellschaftsvertrag nicht nichtig.

4. Oertmann aaO. 200, 264. Zur Nichtanwendung der im § 139 für Totalnichtigkeit aufgestellten Vermutung ist nicht der Nachweis einer gegenteiligen Abrede erfordert; sie wird im Gegensatze zu jeder echten Ergänzungsnorm schon ausgeschlossen durch jeden Umstand, der die Annahme eines anderweiten Parteiwillens rechtfertigt (vgl. André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, Festgabe für Enneccerus [1913] 15 ff.).

§ 140. 1. Gleim, Zur Lehre von der Konversion, PosMSchr. **14** 101, bekämpft **RG. 79** 306 ff., wo zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit unterschieden und § 140 nur auf nichtige Rechtsgeschäfte bezogen wird. Das BGB. bezeichne überwiegend mit „unwirksam" dasselbe wie mit „nichtig" (§§ 111, 135, 174, 176 Abs. 3, 319 Abs. 2, 344, 388, 925).

2. R. **14** Nr. 1070 (Colmar). Die als Verpfändung gewollte Hingabe eines Sparkassenbuchs ist als solche unwirksam, enthält auch keine Abtretung des Guthabens zu Sicherungszwecken, ist aber umzudeuten in die Vereinbarung eines obligatorischen Zurückbehaltungsrechts des Gläubigers bis zu seiner vollständigen Befriedigung.

§ 141. 1. **RG.** R. **14** Nr. 584. Die Anfechtung verlangt eine bestimmte und unbedingte Erklärung. Sie ist unwirksam, wenn sie mit anderweitigen Einigungsvorschlägen nur für den Ablehnungsfall verbunden ist. (Ebenso **RG.** R. **14** Nr. 585 für die Erfüllungsverweigerung, die nur für den Fall erfolgte, daß eine Einigung nicht zustande kommen würde.)

2. *Dickel, Rechtsfälle Heft 3, Erl. 18. Wird ein unwirksames Geschäft mit Ablauf einer bestimmten Frist, z. B. im Falle des § 108 BGB., nichtig und bestätigt die Partei in Unkenntnis der inzwischen eingetretenen Nichtigkeit den Vertrag, so hat die Rückwirkung die Folge, daß jede Partei der anderen auch gemäß § 278 BGB. für die Zeit vor der Bestätigung haftet.

§ 142. 1. **RG.** R. **14** Nr. 586. Unzulässig die teilweise Anfechtung eines einheitlichen Rechtsgeschäfts.

2. R. **14** Nr. 7 (Stuttgart). Gegenüber der auf erfolgreiche Betrugsanfechtung gestützten Nichtigkeitsklage ist der Einwand des Beklagten, Kläger sei nicht mehr in der Lage, das verkaufte Geschäft vollständig und in ordnungsmäßigem Zustande zurückzugeben, ohne Bedeutung. Das Unvermögen des getäuschten Käufers zur Herausgabe dessen, was er auf Grund des anfechtbaren Geschäfts erhalten hat, schließt selbst dann, wenn es auf einem Verschulden des Käufers beruht, nicht, wie bei dem Rücktritt und der Wandelung, die Anfechtbarkeit und die Geltendmachung der Nichtigkeit aus.

§ 143. **RG.** SeuffA. **69** 310, R. **14** Nr. 461. „Anderer Teil" im Sinne des § 143 nur der andere Vertragsteil, nicht auch derjenige, dem dieser sein Recht abgetreten hat.

§ 144. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1787, 1788 hält daran fest, a) daß der Bestätigungswille bei einem wegen arglistiger Täuschung anfechtbaren Rechtsgeschäfte die Kenntnis

des Getäuschten davon voraussetzt, daß der andere sich seines betrüglichen Verhaltens bewußt gewesen, b) daß stillschweigende Bestätigung in Verfügungen über den Vertragsgegenstand, aber nicht in bloßen Verwaltungshandlungen gefunden werden kann (vgl. **RG. 68** 398, **69** 412).

2. OLG. **28** 27 (München). Zulässig trotz Vertragsbestätigung der Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung. Der Betrogene ist so zu stellen, als wenn die zugesicherte Tatsache wahr wäre. (Im Anschluß an JW. **11** 398 Nr. 4, **RG. 59** 158, **63** 269, **66** 337.)

Dritter Titel. Vertrag.

Literatur: Vgl. vor § 116.

§ 145. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1357 Nr. 4. Einer entsprechenden Anwendung der den Rücktritt behandelnden Bestimmung des § 349 BGB. auf den Widerruf eines Vertragsantrags stehen rechtliche Bedenken nicht entgegen, auch dieser Widerruf muß dem Gegner des Antragstellers in klarer und unbedingter Weise erklärt werden.

2. Löwenwarter, Über Antrag (offer) und Annahme (acceptance) im englischen Rechte, DJZ. **14** 435.

§ 147. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1113 **Nr.** 3. In der Vereinbarung, es solle „prompt", „so bald als möglich", „raschmöglichst" geantwortet werden, kann eine vertragliche Abänderung der gesetzlichen Frist gefunden werden, höchstens aber im Sinne einer Verschärfung dessen, was das Gesetz vorschreibt.

2. **RG. 83** 104 ff. Ein Antrag, der schriftlich abgefaßt dem anwesenden Antragsempfänger übergeben wird, gilt im Sinne des § 147 wie des § 130 als einem Abwesenden gemacht (**RG. 61** 415 ff.).

3. Oertmann aaO. 461. Darf der telegraphisch Antragende auch auf eine telegraphische Antwort rechnen? Die Entscheidung ergibt, soweit nicht die besonderen Umstände eine abweichende Beurteilung des Einzelfalls erheischen, die Verkehrssitte des Berufs- oder Geschäftskreises, dem die Beteiligten angehören.

§ 148. R. 14 Nr. 2040 (Stuttgart). Nachträgliche stillschweigende Fristbestimmung angenommen in einem Falle, wo der Konkursverwalter einem Rechtsanwalt auf einen Vergleichsvorschlag geantwortet hatte, er werde die Zuschrift beantworten, sobald in der nächsten Gläubigerausschußsitzung darüber Beschluß gefaßt worden sei, obwohl der Anwalt dazu geschwiegen hatte. Es entspreche der Sitte im geordneten Verkehre zwischen Geschäftsleuten, eine Zuschrift zu beantworten, wenn daraus erhelle, daß der Absender das Einverständnis des Empfängers unterstelle und sein Verhalten danach einzurichten gesonnen sei.

§ 150. EisenbE. **30** 532 (Stuttgart). Ein telegraphisch erklärtes Einverständnis ist keine vorbehaltlose Vertragsannahme, wenn beigefügt ist: „Bericht folgt."

§ 151. 1. Ein Verzicht auf die Erklärung der Annahme von **RG.** JW. **13** 1146 darin gefunden, daß Kläger lediglich um Mitteilung des Ergebnisses der Submission ersuchte, die Annahme in der Forderung der vom Kläger gestellten Preise und in der Benutzung der Muster bei der Submission durch den Beklagten.

2. **RG. 84** 320 ff., JW. **14** 240 Nr. 2, R. **14** Nr. 172. Die Aufforderung, die Ware so schnell wie möglich mit dem allerersten Eilschlepper zu verladen, ein Angebot im Sinne des § 151, aber keine Annahme, wenn der andere Teil sich einen auf einen dritten Abnehmer lautenden Lagerschein ausstellen läßt, aber nicht aus den Händen gibt; dies nur Vorbereitung der Annahme.

3. Zustandekommen eines Lotterievertrags (JDR. 12 zu § 145). **RG.** WarnE. **14** 4, LeipzZ. **14** 71 Nr. 1. Bei Zusendung unbestellter Lotterielose kommt im Zweifel der Lotterievertrag nicht durch Nichtzurücksendung, sondern erst durch die Bezahlung der Lose zustande (vgl. auch OLG. 28 219 ff. [Colmar]). Kein arglistiges Verhalten, wenn der Kollekteur die Einlösung der von ihm ohne

Aufforderung gesandten Nachnahme vereitelt, weil das Los inzwischen gezogen ist. § 162 nicht anwendbar, da es an jedem Rechtsverhältnisse fehlt, das nach Treu und Glauben die Beklagte hätte verpflichten können, die Nachnahmekarte dem Kläger zugehen zu lassen. — Anders lag der Fall ElsLothJZ. **14** 352 (Colmar), wo Kläger das Los bestellt und das Geld mit Postanweisung bezahlt, der Kollekteur nach Empfang des Geldes auf den Namen des Klägers die Bestellung und die Losnummer in den Kontrollbogen eingetragen hatte, bevor das Los gezogen war. Hier wurde nicht nur Verzicht auf die Erklärung der Annahme, sondern auch die Annahme selbst festgestellt. Vgl. über Kauf eines Loses Dickel, Rechtsfälle Heft 3, Erl. 52 ff.

4. Oertmann aaO. 88. § 151 gibt dem Willen des Antragenden die Macht, die Empfangsbedürftigkeit auszuschließen. Das müsse analog auf den umgekehrten Fall ausgedehnt werden: der Antragsteller müsse die Empfangsbedürftigkeit der Annahmeerklärung auch da vorschreiben können, wo sie nach der Verkehrssitte nicht erfordert sein würde.

§ 152. **RG.** LeipzZ. **14** 74 Nr. 2. Aus der Hinzufügung einer Fristbestimmung zur Annahme bei einem gerichtlichen oder notariellen Angebot ist zwar keine Rechtsvermutung dafür zu entnehmen, daß innerhalb der Frist dem Anbietenden auch die Annahme zur Kenntnis gebracht werden müsse, es kann aber dafür unter Berücksichtigung der Sachlage im gegebenen Falle eine tatsächliche Vermutung begründet sein. — Ebenso **RG.** R. **14** Nr. 1655, wo ferner gebilligt ist, daß eine zuverlässige Kenntnis des Antragstellers erforderlich sei, aber auch genüge.

§ 154. 1. BadRpr. **14** 175 (Karlsruhe). Wenn auch eine Vermutung dafür spricht, daß in einer Vertragsurkunde das gesamte Ergebnis dessen, worüber die Parteien einig geworden sind, Aufnahme gefunden hat, so ist doch der Gegenbeweis der Unvollständigkeit nicht ausgeschlossen.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 669 Nr. 1, JW. **14** 139 Nr. 2. Besteht eine Verkehrssitte dahin, daß Rübenbauverträge erst mit der Unterschrift der Vertragsurkunde zustande kommen, so ist, sofern nicht besondere Umstände einen anderen Parteiwillen ergeben, anzunehmen, daß sich die Parteien dieser Verkehrssitte stillschweigend unterwerfen und sie als Bestandteil ihrer Willenseinigung gelten lassen wollen. Es liegt also dann eine bereits vor der mündlichen Abrede stillschweigend getroffene Vereinbarung der Parteien vor, das Besprochene schriftlich zu beurkunden.

3. MecklZ. **32** 154 (Rostock). Die Unterzeichnung des Textes einer Urkunde, die man unterschreibt in dem Bewußtsein, daß man den Text nicht kennt, enthält die Erklärung, daß man sich den Inhalt als seine Willenserklärung, gleichviel wie dieser laute, aneigne; mit dem Einwande, daß er den Text nicht gelesen oder nicht gekannt habe, kann der Unterzeichner solchenfalls nicht gehört werden (im Anschlusse an **RG. 62** 203).

4. Mündliche Vereinbarungen neben einem schriftlichen Vertrage (JDR. **11** § 125 Ziff. 3). **a)** R. **14** Nr. 462 (Hamburg). Es genügt nicht, das Vorhandensein von Nebenabreden nachzuweisen, sondern es bedarf, um eine Verbindlichkeit daraus herzuleiten, der näheren Darlegung, aus welchen Gründen sie nicht in den schriftlichen Vertrag aufgenommen worden sind (im Anschluß an **RG. 68** 15). **b)** **RG.** R. **14** Nr. 741. Die Angabe, die Aufnahme der Bedingung in den schriftlichen Vertrag sei deshalb unterblieben, weil man sich gegenseitig getraut habe, ist keine ausreichende Erklärung.

5. R. **14** Nr. 2608 (BayObLG.). Ist in einer Vertragsurkunde auf eine öffentlichrechtliche Verordnung über die Ausführung von Bauten ausdrücklich als Vertragsbestandteil Bezug genommen, so ist die bloße Einrede des Nichtlesens dieser Verordnung nicht zu beachten. Mit dem Einwand, einen Teil des unterschriebenen Vertrags nicht gelesen zu haben, könnte die Klägerin nur gehört werden, wenn sie durch

arglistige Veranstaltung des anderen Vertragsteils an der Kenntnisnahme verhindert worden wäre.

§ 155. **RG.** R. **14** Nr. 587. Haben die Parteien gewollt, daß der Vertrag auch ohne eine Vereinbarung über den einzelnen vorbehaltenen Punkt als geschlossen anzusehen ist, so ist der vorbehaltene Punkt nach den gesetzlichen Regeln zu ergänzen. (Betrifft die spätere Vereinbarung der Höhe des Mietzinses.)

§ 157. (Vgl. auch zu § 133.) I. 1. Über das Verhältnis zwischen den §§ 157 und 242 Oertmann aaO. 311 ff. § 157 geht vor. Denn der Inhalt der vertragsmäßigen Schuldverhältnisse bestimmt sich grundsätzlich nach der Parteivereinbarung, und zwar natürlich nicht nur nach ihrem Wortlaute, sondern nach ihrem durch Auslegung, also unter Heranziehung des § 157, festgestellten Sinne. Der Vertrag drängt die einzelnen Ergänzungsregeln zurück, und es bleibt, soweit er in seiner durch Auslegung festgestellten Tragweite reicht, für die nach der richtigen Ansicht erst hinter jener zur Anwendung gelangende Richtschnur des § 242 insoweit keinerlei Anwendungsgebiet.

2. Schneider, Richterliche Entscheidungsfreiheit, LeipzZ. **14** 1315. Handelt es sich bei § 157 seinem Wortlaute nach um Auslegung von Verträgen und entsprechend von Gesetzen, so wird bei § 242 nicht ausgelegt, sondern zweifellos untergelegt.

3. Mansfeld, Auslegung wechselmäßiger Erklärungen, LeipzZ. **14** 1089 ff., verteidigt die Anwendung des § 157 auch für die Auslegung der Wechselordnung und wendet sich gegen **RG.** LeipzZ. **14** 867, wo der Vermerk „Inhalt empfangen" als Giro angesehen wurde. Nach der Auffassung des Verkehrs sei das nur eine Quittung über die Wechselschuldsumme.

II. Aus der Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 315. Die vertragsmäßige Bindung an einen Mindestkaufpreis wird nicht nur durch unmittelbare Rückvergütungen an den Abnehmer verletzt, sondern auch durch Provisionen an den Einkaufsverein. Der Gegensatz zwischen Provision und Rabatt unhaltbar.

2. **RG.** R. **14** Nr. 898—900. Soll die Vergütung des Verfassers eines Werkes in einem Anteil am Reingewinne bestehen, so sind die Angaben des Verlegers über den Höchstbetrag der Herstellungskosten im Zweifel als bindende Zusagen anzusehen. Bei der Berechnung der Herstellungskosten dürfen nur die reinen Selbstkosten des Eigenbetriebs verrechnet werden. Das Honorar darf in die Herstellungskosten nicht eingerechnet werden.

3. **RG.** JW. **14** 673 Nr. 1. Schließt ein Nichtkaufmann ein Geschäft des Großhandels ab, so ist zu prüfen, ob nicht nach Treu und Glauben anzunehmen ist, daß er sich bei dem Abschlusse des Geschäfts den herrschenden Handelsgebräuchen ohne Rücksicht darauf, ob er sie kannte, unterwerfen wollte, ob insbesondere nicht der Vertragsgegner davon ausgehen durfte, er dürfe die abgegebenen Erklärungen so verstehen, wie es handelsüblich ist.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 905. Die in den allgemeinen Bedingungen der Versicherungsgesellschaft enthaltene Festsetzung, daß ein bestimmtes Ereignis nachweislich den Versicherungsfall herbeigeführt haben müsse, stellt keine strengeren Anforderungen an den Nachweis, als dies nach allgemeinen prozeßrechtlichen Grundsätzen zulässig ist. Beweisen ist nicht das Einbringen mathematischer Gewißheit für das Vorhandensein einer Tatsache; diese muß nach den obwaltenden Umständen und nach den Erfahrungen des praktischen Lebens in so hohem Maße wahrscheinlich gemacht sein, daß sie danach als gewiß zu gelten hat. Bloße Möglichkeiten, die so entfernt sind, daß mit ihnen nur unter ganz außergewöhnlichen Verhältnissen zu rechnen ist, scheiden aus.

5. **RG.** R. **14** Nr. 2971. Haben die Gläubiger ihrem Schuldner zur Durchführung der Liquidation seines Geschäfts Stundung gewährt, so ist die Abrede dahin zu ver-

stehen, daß die Gläubiger ihre Forderungen nicht unter allen Umständen bis zur völligen Liquidation haben stunden wollen, sondern nur so lange, als die Liquidation im Interesse der Gläubiger die zweckmäßigste Befriedigung darstellt.

6. **RG.** R. **14** Nr. 175. Hat eine Stadtgemeinde einem Unternehmer gegen Vergütung die städtischen Straßen zur Einlegung von Gasröhren und Elektrizitätskabeln überlassen und wird später infolge einer Änderung der Straße eine Verlegung der Röhren und Kabel nötig, so hat die Stadt dem Unternehmer die dadurch entstehenden Kosten zu erstatten.

7. **RG.** R. **14** Nr. 589. Geht eine Haftpflichtversicherung dahin, daß die Versicherungsgesellschaft der versicherten Stadtgemeinde diejenigen Entschädigungszahlungen zu ersetzen hat, die diese als Unternehmerin eines Elektrizitätswerkes aus Betriebsunfällen zu leisten hat, so sind für das Verhältnis zwischen der Stadtgemeinde und der Versicherungsgesellschaft ohne weiteres die Feststellungen maßgebend, die in dem rechtswirksam erlassenen Urteil im Prozesse zwischen der Stadt und dem Verletzten darüber getroffen sind, ob und inwieweit die Stadt als Unternehmerin des Werkes Schadensersatz zu leisten hat. (Anders, wenn die Stadtgemeinde gütlich gezahlt hätte.)

8. **RG.** R. **14** Nr. 1656. Auf die Münchener Verkehrssitte, wonach ein zum Bau gegebenes Zwischenkapital vorab aus den Baugeldern zu decken ist, hat der Treuhänder des Baugeldes gegenüber den Handwerkern nur dann Rücksicht zu nehmen, wenn Vorhandensein und Bevorzugung des Zwischenkapitals offen und ehrlich erklärt werden.

9. **RG.** R. **14** Nr. 902. Kläger hatte zur Ablösung seines Kontos über eine Million bar gezahlt, auch die Wegegerechtigkeit bestellt, nur daß der Weg statt 5 nur $2^1/_2$ m breit war. Die Bedingung des streitigen Erlasses war daher zu einem geringen Teile nicht erfüllt. RG. verneint mit Rücksicht auf §§ 157, 242 die Unwirksamkeit des ganzen Geschäfts. Die Bedingung wurde als erfüllt angesehen und der Beklagte als berechtigt, bis zur Beseitigung des Mangels den hierzu erforderlichen Geldbetrag von etwa 1000 M. zurückzuhalten.

10. **RG.** LeipzZ. **14** 1126 Nr. 3 über die Auslegung eines zweifelhaften Vordrucks unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (betrifft einen Fall des Mäklervertrags).

11. **RG.** JW. **14** 826 Nr. 1, LeipzZ. **14** 1527 Nr. 1. Bei der Beurteilung von Vergleichsverhandlungen ist nicht außer acht zu lassen, daß der Verkehrssitte gemäß die einzelnen Erklärungen nicht bloß für sich, sondern im Zusammenhange mit dem ganzen Streitstoffe zu berücksichtigen sind, regelmäßig nur als Zeichen der Nachgiebigkeit und zur Förderung des Vergleichsabschlusses in der Hauptsache dienen, meistens unter der stillschweigenden Voraussetzung abgegeben gelten, daß es zu dem beabsichtigten Vergleichsabschluß im ganzen kommt.

12. **RG.** R. **14** Nr. 1072. Wer die Hergabe weiterer Mittel zum Baue von dessen „flotter Förderung" abhängig macht, kann nicht sofortige umfassende Arbeitsaufnahme fordern, wenn die versprochenen Mittel erst die allseitige Fortsetzung der Arbeiten ermöglichen sollen.

13. **RG.** R. **14** Nr. 1240. Wie Strafgedinge überhaupt, so dürfen auch solche bei Wettbewerbsverboten nicht ausdehnend ausgelegt werden. (Das Wettbewerbsverbot zu beschränken auf ein Tätigwerden für den Betrieb eines Dritten, nicht auszudehnen auf die Mitwirkung bei dem Verkaufe des Geschäfts eines Dritten.)

14. **RG.** R. **14** Nr. 1388, WarnE. **14** 251. Unter Arbeitseinstellung können auch Aussperrungen verstanden werden, nicht nur Streiks.

15. R. **14** Nr. 1718 (BayObLG.). Ist ein Kaufpreis erst nach Weiterveräußerung des erworbenen Ackers fällig, so ist eine solche nicht ohne weiteres darin zu erblicken, daß die Käufer das Grundstück zugleich mit dem gesamten liegenden Besitztum und damit ihr Vermögen im Sinne der §§ 311, 419 dem Sohne übereignen.

III. Clausula rebus sic stantibus. 1. Oertmann aaO. 202, 203. Wer überhaupt zugibt, daß dem Vertrage mittels Willensergänzung Klauseln auch über nicht besonders geregelte Punkte beigefügt werden dürfen, wird auch der Unterstellung einer Rücktrittsklausel kein grundsätzliches Bedenken entgegenstellen können, soweit der Vertragszweck — sei es der allgemeine typische Zweck der in Frage stehenden Vertragsart, sei es der besondere des individuellen Vertrags — es erfordert. Nicht nötig ist dazu, wie das RG. es einst formuliert hat (**RG. 22** 85), daß die Beschränkung, der Vertrag solle unter der Voraussetzung der Nichtveränderung der Umstände rechtswirksam sein, von den Kontrahenten gewollt sei. Ein solcher konkreter Vertragswille wird nur selten nachweisbar sein; vielleicht haben die Parteien an die nachher eintretende Veränderung der Umstände, z. B. den Eintritt einer unverhältnismäßig hohen Produktionssteuer auf die zu liefernden Fabrikate, gar nicht denken können. Entscheidend ist vielmehr der objektive Vertragszweck, der die Vermutung eines ihm entsprechenden Parteiwillens so lange rechtfertigt, bis das Gegenteil nachgewiesen ist — das, was nach der Verkehrsanschauung bei Geschäften dieser Art als entscheidender Vertragszweck erscheint (209). — 207: Die Klausel fällt nicht zusammen mit der Unterstellung einer stillschweigenden Bedingung, auch nicht mit dem Rücktrittsrechte wegen wichtigen Grundes.

2. Recken, LeipzZ. **14** 1696 ff., über die Anwendung der §§ 157, 242 als clausula rebus auf Reklameverträge für die Dauer des Krieges. Vgl. auch Rosenthal, DJZ. **14** 1166.

3. **RG.** JW. **14** 297 Nr. 2, R. **14** Nr. 463 hält die frühere Praxis fest, daß nach der Absicht der Parteien und der Natur der Verträge im einzelnen Falle unter Beachtung dessen, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, einer Veränderung der Verhältnisse Bedeutung beigelegt werden kann. Ob ein von den Eltern der Frau gemachtes Mitgiftversprechen mit dem Tode der kinderlos versterbenden Frau hinfällig wird, ist nach den Umständen des Falles zu entscheiden.

IV. Einrede und Replik der Arglist. 1. **RG.** R. **14** Nr. 314. Die verzögerte Anstrengung einer Klage nur dann als auch den Ersatzanspruch beseitigender Verstoß gegen Treu und Glauben zu beurteilen, wenn sie als eine unerlaubte, den Beklagten rechtswidrig schädigende Handlung aufzufassen wäre. Verneint im gegebenen Falle, wo der Umfang des Schadens sich erst nach Ablauf der mehrere Jahre umfassenden Vertragsdauer übersehen ließ.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 901, bes. 904. Eine zu der Einrede der Arglist Anlaß gebende Verletzung von Treu und Glauben kann auch in einem gewissen Verhalten im Rechtsstreite gefunden werden, setzt aber immer ein früheres Verhalten dieser Partei voraus, mit dem ihr Auftreten im Rechtsstreit in einem Treu und Glauben verletzenden Widerspruche steht.

3. **RG.** R. **14** Nr. 174. Auf den vertraglichen Ausschluß der Aufrechnung darf sich der Gläubiger nicht nur dann nicht berufen, wenn er sich bei Annahme des Verzichts dolosen und schädigenden Verhaltens gegen den Schuldner bewußt war, sondern auch dann nicht, wenn er später dem Schuldner durch unerlaubtes, gegen Gesetz und Moral verstoßendes Handeln Schaden zugefügt hat.

4. **RG.** JW. **14** 917 Nr. 4 (insbes. 919). Das System des BGB. wird durchdrungen von dem Grundsatze der Treue und des Glaubens mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und von dem Grundsatze der Zurückweisung jeder Arglist im weitesten Sinne. Die §§ 157, 226, 242, 826 erscheinen nur als spezielle Ausprägungen eines allgemeinen Prinzips. Die §§ 242 und 394 stehen sich nicht als zwei gleich zwingende und gleich kräftige Rechtssätze gegenüber, in deren Zusammentreffen § 394 als die lex specialis die Oberhand behalten müßte, sondern das allgemeine Prinzip beherrscht alle Einzelbestimmungen und muß gerade in ihnen lebendige Wirkung üben zur Klärung, Erweiterung, Ergänzung oder Beschränkung des vereinzelten

Wortlauts. — Übrigens wäre es vergeblich und unrichtig, den Tatbestand der hier in Frage stehenden, das Aufrechnungsverbot des § 394 beseitigenden exceptio doli generalis im voraus abschließend kennzeichnen zu wollen. Denn die Würdigung dieser exceptio muß ihrer Natur nach dem völlig freien Ermessen des Richters überlassen bleiben; ihre Zulassung oder Ablehnung kann immer nur aus den im voraus nicht übersehbaren, individuellen Umständen des Einzelfalls gefolgert werden; die Grenzen lassen sich rein theoretisch überhaupt nicht ziehen.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

Literatur: Raape, Die testamentarische Willkürbedingung nach heutigem und römischem Rechte, Festgabe für Zitelmann (1913) 1—30. — Barth, Verfügungen über künftige Rechte, GruchotsBeitr. 58 584. — Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 134 ff., 191 (Über Voraussetzung im Sinne von Windscheid, Kohler usw.).

§ 158. 1. **RG.** JW. **14** 978 Nr. 3. Hängt das Recht eines Gläubigers, eine gewisse Leistung zu fordern, von dem ungewissen Eintritt einer künftigen Tatsache ab, so besteht ein bedingtes Forderungsrecht. Soll aber auch der Inhalt der Leistung erst durch diese Tatsache bestimmt werden, ohne daß vorher aus der Natur des Rechtsverhältnisses sich auch nur irgendwelche unteren und oberen Grenzen der Leistung ergeben, so besteht ein Forderungsrecht nicht, wenn auch schon der Grund zu einem künftigen Forderungsrechte gelegt ist. Bis ein Fehlbetrag entsteht, ist die Haftung des Genossen einer Genossenschaft m. unb. H. gegenstandslos. Die Mitgliedschaft begründet für den Genossen die Möglichkeit des künftigen Entstehens einer Schuldverbindlichkeit, nicht aber eine Schuldverbindlichkeit, auch keine bedingte. (Die Klage aus § 419 gegen den Übernehmer abgewiesen, weil zur Zeit der Übernahme die Genossenschaft noch einen Gewinn hatte.)

2. Über den Unterschied zwischen bedingten und künftigen Rechten auch Barth aaO. Auf der einen Seite gegenwärtige, teils definitive, teils Anwartschaftsrechte (§§ 160, 161); auf der anderen zukünftige, d. h. solche, denen nicht nur zur Wirksamkeit, sondern zur Entstehung ein Tatbestandsmerkmal fehlt, und bei denen der Inhaber des vorhandenen Restbruchstücks auch noch kein Anwartschaftsrecht hat.

3. PosMSchr. 14 16 (Marienwerder). Die Kaufvertragsgenehmigung der Ansiedlungskommission stellt eine echte Bedingung dar. Das bezügliche Veräußerungsverbot hat seine Grundlage nicht im Gesetze, sondern in dem zwischen dem preußischen Staate und dem Beklagten abgeschlossenen Rentengutsvertrage.

4. **RG.** LeipzZ. **14** 1113 Nr. 5. Die Verpflichtung zur Leistung des Ausgedinges an den anderen Ehegatten ist als durch die Scheidung auflösend bedingt anzusehen.

5. Über stillschweigende Bedingung vgl. Oertmann aaO. 197 ff. Sie kann in zahlreichen Fällen aus dem Vertragszwecke kraft ergänzender Auslegung gefolgert werden. — Vgl. auch zu § 157 III.

§§ 160, 163. Dörr, R. **14** 384 ff., verweist auf den Unterschied zwischen Beeinträchtigung und Vereitelung. Im ersteren Falle Herstellung möglich, Geldersatz nur, wenn die Herstellung nicht rechtzeitig erfolgt oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist. Im Falle der Vereitelung Pflicht zum Geldersatz, ebenso wie in den Fällen der §§ 280 Abs. 1, 325 Abs. 1 Satz 1.

§ 162. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 670. Der § 162 Abs. 1 findet auf bloße Zeitbestimmungen keine Anwendung.

2. JBl. 14 233 (ÖstOGH.). Der Grundsatz des § 162 entspricht auch dem österreichischen Rechte. (Angewendet auf einen Fall, in dem der Verpflichtete sich weigerte, zur Erlangung der erforderlichen obrigkeitlichen Genehmigung eines Vertrags mitzuwirken. Vgl. dagegen Geller, ÖstZBl. **14** 589.)

3. Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 11. Wenn ein Minderjähriger einen wirksamen Vertrag schließt und dem anderen Teile verspricht, sich um die Genehmigung

des gesetzlichen Vertreters zu bewerben, alsdann aber davon Abstand nimmt, vielleicht dem gesetzlichen Vertreter sogar abredet, so trifft § 162 nicht zu. Denn der unwirksame Vertrag ist nicht ein bedingter Vertrag. Zwar tritt beim aufschiebend bedingten Kaufe vor Eintritt der Bedingung die Wirkung gleichfalls nicht ein. Die Parteien sind aber schon gebunden. Entsprechende Anwendung des § 162 ist gleichfalls ausgeschlossen, da es an der entsprechenden gesetzgeberischen Absicht fehlt. Die Absicht des Gesetzgebers in §§ 108 ff. BGB. ging dahin, dem Minderjährigen wegen seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit einen Schutz zu gewähren.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Literatur: Hagemann, Die Haftung desjenigen, der als Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Wechsel mit dem Namen des Vertretenen gezeichnet hat, LeipzZ. **14** 1001 ff. — Haußmann, Das Blankett, insbesondere der Blankettmißbrauch unter dem Gesichtspunkte des Rechtsscheinsprinzips, GruchotsBeitr. **58** 289 ff. — Josef, ZBlFG. **14** 591. — Klein, Die Rechtshandlungen im e. S. (1914) 52 ff. — Kraft, Notarielle Beurkundung und Stellvertretung, LeipzZ. **14** 463 ff. — Rohde, ZBlFG. **14** 325.

§ 164. 1. Zulässigkeit der Stellvertretung. **a)** Über die Frage, inwieweit bei „rein äußeren Handlungen" Vertretung möglich ist, vgl. Klein aaO., der die analoge Ausdehnung der §§ 164 ff. auf Rechtshandlungen im engeren Sinne für zulässig hält. **b)** Die Zulässigkeit der Stellvertretung bei der Vaterschaftsanerkennung bejaht vom Amtsgericht T., WürttRpflZ. **14** 199.

2. Begriff der Vollmacht. **a)** Kraft aaO. wendet sich gegen **RG.** WarnE. **6** 469, wonach eine Stellvertretung im Rechtssinne nicht schon dann gegeben sei, wenn der andere nur dazu bestellt werde, die Erklärungen des Geschäftsherrn zu förmlichem Protokolle zu erklären. Die Entscheidung enthalte einen Widerspruch zu **RG. 81** 1 ff., wonach Stellvertreter sei, wer nach dem Willen des Vertretenen die Körperbewegung und mittels derselben die Erzeugung der Rechtswirkung durch seine Handlung und seinen Willen wolle. **b)** NaumburgAK. **14** 15 (Naumburg). Vollmacht ist Ermächtigung zur Vertretung im Willen des Machtgebers. Wird aber dem angeblichen Bevollmächtigten die Willenserklärung vom Machtgeber so genau und vollständig, so wörtlich vorgeschrieben, daß von bloßen Weisungen nicht mehr die Rede sein kann, daß vielmehr jede selbständige Entschließung des Bevollmächtigten, jede Vertretung des Machtgebers in der Willensbildung ausgeschlossen ist und sein soll, so handelt es sich nicht mehr um Vollmacht, sondern um Benutzung als Erklärungswerkzeug; dies um so mehr, wenn bei einem gegenseitigen Verpflichtungsvertrage, der sich widerstreitende Interessen zusammenführen soll, die Erklärungen demselben Beauftragten von beiden Teilen wörtlich anbefohlen werden. (Umgehung der Formvorschriften des § 313 durch Vollmachten.)

3. Stillschweigende Bevollmächtigung. **a)** KGBl. **14** 89 (KG.). Die Möglichkeit der Benutzung des Firmenstempels und eines Bestellscheins durch einen nicht vertretungsberechtigten Angestellten ist nicht ausreichend, um eine stillschweigende Bevollmächtigung zu begründen. Vgl. HansGZ. **14** 115 (Hamburg) (Schadensersatz nur bei Verschulden). **b)** R. **14** Nr. 746 (BayObLG.). Wenn jemand wissentlich duldet, daß ein anderer ohne jedwede ausdrückliche Vollmacht oder in Überschreitung einer ihm erteilten Vollmacht fortgesetzt als sein unbeschränkter Vertreter auftritt, insbesondere Gelder für ihn einhebt, so kann daraus auf eine entsprechende Bevollmächtigung geschlossen werden. — Vgl. **RG.** LeipzZ. **14** 674 Nr. 3 über einen Fall, wo stillschweigende Vollmachtserteilung behauptet wurde, weil jemand stillschweigend geduldet hatte, daß ein anderer seinen Namen auf Wechseln mißbrauchte. **c)** Stillschweigende Genehmigung der Vollmachtsüberschreitung angenommen im Falle **RG.** R. **14** Nr. 1791, wo der Gegner das Geschäft

4*

bestätigt und der Bevollmächtigte die Bestätigungsurkunde ohne Widerspruch für den Vollmachtgeber bei dessen Akten verwahrt hatte.

4. Befugnis zur Übertragung der Vollmacht. **RG.** R. **14** Nr. 903. In allen Fällen der Gesamtvertretung kann der eine Vertreter dem anderen durch eine an ihn gerichtete (also nicht notwendig nach außen hervortretende) formlose Erklärung Vollmacht verschaffen.

5. Zu Satz 2. **RG.** R. **14** Nr. 1073 hält daran fest: bei der Frage, wer der Gläubiger eines Sparkassenguthabens ist, gibt weder der Name dessen, auf den das Sparkassenbuch lautet, schlechthin den Ausschlag, noch der Umstand, aus wessen Mitteln die Einzahlung erfolgt ist; vielmehr muß unter Berücksichtigung aller Umstände geprüft werden, wer nach dem erkennbaren Willen des Einzahlenden der Darlehnsgeber sein sollte (vgl. **RG. 73** 220).

6. Stempelrechtliches. **a)** Zur Tarifst. 73 PrStempStG. vgl. Vf. des JustMin. vom 10. Mai 1913, JMBl. 164 (Vollmacht zur Anmeldung von Patenten und Warenzeichen regelmäßig unschätzbar und daher mit 1,50 M. zu verstempeln, wenn auch der Wert unter 150 M. angegeben). **b)** Über Postvollmachten vgl. Vf. des FinMin. vom 7. Mai 1913, PrZBl. 182 (Vollmachtstempel so oft zu verwenden, als Bevollmächtigte vorhanden). Vgl. DNotV. **14** 452 und **RG.** DNotV. **11** 450 ff., **13** 460.

§ 165. **RG.** R. **14** Nr. 2843. Aus Rechtshandlungen des geschäftsunfähigen — geisteskranken — Bevollmächtigten wird der Vollmachtgeber nicht, auch nicht zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet.

§ 166. I. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2384. Aus § 166 Abs. 1 folgt, daß wenn der Vertrag tatsächlich ausschließlich durch den Angestellten einer Filiale und ohne besonderen Auftrag der Vorstandsmitglieder geschlossen ist, die Eideszuschiebung an die Vorstandsmitglieder über ihre Kenntnis bestimmter rechtserheblicher Tatsachen gelegentlich eines Vertragsschlusses unzulässig ist.

2. Daß der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers im Sinne des § 166 bei der Pfändung anzusehen sei, verneint **RG.** JW. **14** 863 Nr. 3. Jedenfalls ist seine Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder der Stellung des Antrags auf Konkurseröffnung in ihrer Wirkung der eigenen Kenntnis des betreibenden Gläubigers nicht gleichzustellen. (Der Beschl. der Verein. Zivilsen. **RG. 82** 85 entscheidet die Frage, ob der Gerichtsvollzieher bei der Vornahme von Zwangsvollstreckungshandlungen als Vertreter des Gläubigers anzusehen ist, nicht.) **RG. 39** 160, **43** 180 u. **77** 24 sprechen nur aus, daß der böse Glaube des Gerichtsvollziehers bei Vornahme von Pfändungen und Vollstreckungshandlungen aus § 897 Abs. 1 ZPO. den dinglichen Rechtserwerb des Gläubigers hindert, berühren aber die Frage der Anfechtung des Pfändungspfandrechts nicht.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 907. Der § 166 Abs. 2 Satz 1 BGB. umfaßt auch den Fall, daß die Weisungen dem Vertreter nicht unmittelbar von dem Vollmachtgeber, sondern von dessen jenem Vertreter übergeordneten Generalbevollmächtigten erteilt sind. Die Schlechtgläubigkeit des letzteren schadet daher auch dem Machtgeber.

II. Arglist des Vermittlers oder Vertreters beim Vertragsschlusse. 1. *Kiehl, JW. **14** 497 ff. Der Verkäufer haftet für die von seinem Vermittler oder Vertreter bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses durch Verschweigung oder durch fälschliche Erklärungen verübte Arglist so, als hätte er sich selbst der Arglist schuldig gemacht, und zwar bei der Vermittlung dann, wenn er den Käufer an den Vermittler als Auskunftsperson verweist und dem Käufer zu erkennen gibt, daß er die vom Vermittler erteilte Auskunft gelten lassen wolle; bei der Stellvertretung in dem Falle, daß dem Vertreter eine uneingeschränkte Vollmacht erteilt worden ist, die die stillschweigende Erklärung an den Käufer mitenthielt, daß dieser sich völlig an die Erklärungen des Vertreters zu halten habe.

In beiden Fällen handelt es sich derart um eine Haftungsübernahme dem Käufer gegenüber. Aus den §§ 164, 166 läßt sich dagegen die Haftung des Vertretenen nicht herleiten, weil beide Vorschriften zu Voraussetzungen haben rechtsgeschäftlich abgegebene Erklärungen des Vertreters, dagegen nicht auch die etwa nur nebenbei abgegebenen. Für die Arglist des gesetzlichen Vertreters haftet der Vertretene nicht. Die Arglist des Organs einer juristischen Person muß als Arglist dieser Person selbst angesehen werden.

2. *Fraeb, Vermittlerbetrug bei telephonischem Geschäftsabschlusse. Eine Erfahrung aus dem Fortbildungsurlaube, ZStW. **35** 589—598. a) Wenn einem Vermittler von zwei Geschäftsherren Abschlußvollmacht und auch die Ermächtigung erteilt ist, mit sich selbst als beiderseitiger Vertreter Verträge abzuschließen, so ist bei der Frage, inwieweit die eine Seite eine Arglist des sie vertretenden Vermittlers zu vertreten oder eine Beschränkung der Vollmacht im Innenverhältnisse zur anderen Partei gelten zu lassen hat, zu berücksichtigen, daß der Vermittler nicht minder auch die andere Seite vertritt. Jeder Teil kann sich daher darauf berufen, daß soweit das Wissen des Vermittlers in Betracht kommt, nichts vorliege, was nicht auch der andere Teil in der Person seines Vertreters bei Abschluß des Vertrags gewußt habe. Viel schwerer zu entwirren ist dagegen der Fall, daß ein Vertragsteil die ihm als Vertragsgegner telephonisch gegenübertretende Person verpflichten will, während der nicht erkennbare Wille dieser Person dahin geht, für einen Dritten zu handeln. Es ist also die Gefahr des Telephons, daß Betrug von seiten eines Dritten in Frage steht, der dem einen von zwei Geschäftsherren gegenüber seinen Willen, in fremdem Namen zu handeln, nicht hervortreten läßt und gleichzeitig einem zweiten Geschäftsherrn gegenüber das Fehlen des Willens des ersten Geschäftsherrn, das Geschäft mit dem zweiten Geschäftsherrn zu schließen, verheimlicht. Der Vermittler muß sich sagen, daß infolge doppelten Unterdrückens wahrer Tatsachen der Besteller unter Umständen in die Lage kommen kann, von zwei Seiten in Anspruch genommen zu werden. Einmal von dem Vermittler selbst aus dem Lieferungsvertrage, der ja zwischen ihnen zustande kommt, weil beide in dieser Beziehung übereinstimmende Erklärungen abgeben und auch abgeben wollen, und dann auch von dem Lieferanten, da dieser den Besteller für seinen Kontrahenten nach den von vornherein mit dem Vermittler darüber gepflogenen Unterredungen halten kann. Dem Vermittler ist dabei die entgegengesetzte Willensrichtung des Lieferanten und des Bestellers sowie ihr beiderseitiger, von ihm durch die fortgesetzte Unterdrückung der ihm bekannten wahren Tatsachen, nämlich eben dieser aus der jeweils in Wirklichkeit ihren rechtserheblichen Handlungen entgegengesetzten Willensrichtung beim Besteller und beim Lieferanten entspringende und vom Vermittler geflissentlich unterhaltene Irrtum, wohl bewußt. Es unterliegt keinem Bedenken, daß der Besteller bei Kenntnis des wahren Sachverhalts, insbesondere des Willens des Lieferanten, und bei verständiger Würdigung des Falles niemals sein Einverständnis zum Vertragsschlusse mit dem Vermittler erklären und diesem hierdurch den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gegen sich verschaffen würde. b) Durch das pflichtwidrige, dem Besteller gegenüber fortgesetzte Unterdrücken der Tatsache, daß der Lieferant an den Besteller unmittelbar liefern will und auch tatsächlich zu liefern vermeint und nach den eigenen telephonischen Erklärungen des Bestellers vermeinen kann, erreicht der Vermittler, daß der Besteller über die wahre Rechtslage im unklaren bleibt und insbesondere nicht zu der Einsicht gelangt, daß sein wahrer Wille, in fremdem, nämlich des Vermittlers, Namen bzw. auf dessen Rechnung zu handeln, nicht erkennbar für den Lieferanten hervortritt, und dadurch nach § 164 Abs. 2 der Mangel des Willens des Bestellers, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt. Für den Vermittler ist natürlich infolge seines Verhaltens sowohl des Bestellers Wille, in fremdem Namen zu handeln, erkennbar, und für sein Vertragsverhältnis zum Besteller kommt dessen Mangel

des Willens, im eigenen Namen gegenüber dem Lieferanten zu handeln, wohl in Betracht. Durch sein weiteres pflichtwidriges Schweigen verursacht der Vermittler eine weitere Vermögensbeschädigung des Bestellers, die darin besteht, daß der Besteller infolge seines dem Lieferanten gegenüber nicht erkennbar hervorgetretenen Willens, in fremdem Namen zu handeln, diesem gegenüber im eigenen Namen verpflichtet wird.

3. Aus der Rechtsprechung. a) **RG. 83** 241 ff. Liegt das Geschäft, zu dessen Abschlusse sich der Vertreter des arglistigen Verhaltens bediente, innerhalb der erteilten Vollmacht, so muß der Vertretene das Geschäft so hinnehmen, wie es der Vertreter abgeschlossen hat, d. h. mit den dem Geschäft anhaftenden Mängeln. (Unter Hinweis auf **RG. 58** 347, **76** 109, hervorgehoben, daß **RG. 61** 207 ff. nicht entgegenstehe; dies Urteil befasse sich nur mit der Haftung des Vertretenen für außerhalb des Vertragsverhältnisses vom Vertreter begangene unerlaubte Handlungen und erkläre § 463 nur deshalb für unanwendbar, weil nicht Verschweigen von Mängeln, sondern Angaben über eine bestimmte Eigenschaft, die Ertragsfähigkeit des Grundstücks in Frage stehe. Später sei der Senat dazu gelangt, die betrügliche Vorspiegelung von Eigenschaften dem arglistigen Verschweigen von Fehlern gleichzustellen. **RG. 63** 112.) b) **RG.** LeipzZ. **14** 1207 Nr. 1, R. **14** Nr. 745. Aus § 166 folgt keine Haftung für Handlungen, die der Vertreter außer der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, wenn auch bei Gelegenheit und im Zusammenhange mit dieser Willenserklärung vorgenommen hat. Die beklagte Brauerei nicht aus § 166 Abs. 1 haftbar für den Schaden, den die Kläger durch Abschluß des Mietvertrags über die Wirtschaftsräume erlitten haben, wenn sie auch zu diesem Abschlusse durch den mit der beklagten Brauerei infolge arglistiger Täuschung seitens ihres Vertreters zustande gekommenen Kaufvertrag über das Inventar bestimmt worden sind. Dagegen Haftung aus § 831 angenommen, weil der Vertreter beauftragt war, die Verhandlungen über den Verkauf des Wirtschaftsinventars zu führen, und in Ausführung dieses Auftrags unrichtige Angaben über den Bierumsatz gemacht hatte.

§ 167. **RG.** LeipzZ. **14** 854. Vollmachtserteilung an einen Angestellten zum Abschlusse von Geschäften durch die Worte: „Unterschreiben Sie die Briefe und machen Sie keine leichtsinnigen Geschäfte."

§ 171. Haußmann, Das Blankett, GruchotsBeitr. **58** 289 ff., verneint, daß das sog. Vertrauensprinzip auf den äußeren Urkundentatbestand als allgemeines Rechtsprinzip für Blanketturkunden zur Anwendung kommen könne, und untersucht die Zulässigkeit einer analogen Ausdehnung auf die einzelnen Urkunden im Hinblick auf ihre besondere Ausgestaltung. — In Beziehung auf die Vollmachtsurkunde gehe § 171 davon aus, daß die Urkunde echt, d. h. mit dem Willen des Ausstellers vervollständigt sei (ebenso § 370). Es sei aber im Einzelfalle zu prüfen, ob nicht nach dem Parteiwillen dem Blankettnehmer nach außen hin die Legitimation verschafft werden sollte, die Ausfüllung nach der Blankettlage vorzunehmen, und bei Erteilung der mündlichen Ausfüllungsanweisung nur beabsichtigt gewesen sei, daß diese inter partes ihre Wirksamkeit äußern solle.

§ 172. 1. SächsOLG. **35** 313 (Dresden). Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts angenommen, das von einem Vertreter mit Wissen der Gegenpartei unter Mißbrauch seiner Vollmacht abgeschlossen worden war.

2. OLG. **28** 37 (KG.). In dem Umstande, daß die Vollmacht zu den Grundakten gegeben ist, kann eine Rückgabe der Vollmacht nicht erblickt werden. Es ist vielmehr üblich, Vollmachten dieser Art deshalb zu den Grundakten einzureichen, um dem Bevollmächtigten einen erleichterten Nachweis der Bevollmächtigung gerade an der Stelle zu ermöglichen, an der sich Interessenten über den Bestand von Rechten an Grundstücken zu vergewissern pflegen.

§ 179. 1. HansGZ. **14** 178 (Hamburg). Die Verbindlichkeit des Vertreters ohne Vertretungsmacht ist eine solche, die aus einem von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäft entsteht; für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten der Ehefrau haftet das Gesamtgut nur, wenn der Ehemann seine Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft erteilt hat.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 652 ff. über die Bedeutung des Kennenmüssens des Mangels nach § 179 Abs. 3 (vgl. im übrigen schon JDR. **12**).

3. Hagemann, LeipzZ. **14** 1001 ff., behandelt die Haftung desjenigen, der als Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Wechsel mit dem Namen des Vertretenen gezeichnet hat, prüft die Anwendbarkeit der §§ 179, 180 und stellt Versagen des bürgerlichen Rechtes fest.

§ 181. 1. *Reichel, Einweihungsfestschrift der Züricher Juristenfakultät (1914) 117. Ist der Versprechende (Bürge) zugleich Vertreter des Versprechensempfängers, so ist dem Erfordernisse der Schriftform des Versprechens genügt, wenn der Versprechende den Empfänger für den Betrag in seinen Büchern erkennt und den Buchabschluß eigenhändig vollzieht.

2. Erbauseinandersetzung unter mehreren Minderjährigen. a) Rohde, ZBlFG. **14** 325, führt aus, daß die Erbauseinandersetzung ausschließlich Erfüllung einer Verbindlichkeit der Erben untereinander und ein Pfleger nicht erforderlich ist, wenn sie den gesetzlichen Teilungsvorschriften gemäß erfolgt. Die Bestellung von Einzelpflegern für jeden Minderjährigen nur notwendig: 1. wenn einer von mehreren Minderjährigen aus der Erbengemeinschaft ausscheidet; 2. wenn einzelnen Mündeln nicht gemäß §§ 2047, 752 geteilte Nachlaßgegenstände zufließen; 3. wenn die Erbengemeinschaft aufgehoben, aber gleichzeitig neue Gemeinschaften gegründet werden. b) BayNotZ. **14** 237, OLG. **28** 39 (Colmar) gestattet die Bestellung eines gemeinsamen Pflegers behufs nachträglicher Genehmigung einer Teilung, bei der mehrere Minderjährige nur durch einen Vertreter beteiligt waren, — weil diese Genehmigung ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft sei und gegenüber einem Vertreter abgegeben werden könne.

3. Josef, ZBlFG. **14** 591, hält § 181 anwendbar auch auf Eheverträge. Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen (§§ 1353—1363) würden durch den Ehevertrag nicht berührt. Unter den Fällen, wo das Gesetz die persönliche Anwesenheit der Beteiligten verlange oder die Vertretung direkt für ausgeschlossen erkläre, sei der Abschluß von Eheverträgen nicht aufgeführt (vgl. **RG. 79** 282).

4. OLG. **28** 115 (Celle). Vertragsmäßige Aufrechnung der Schuld gegenüber einer Gesellschaft mit einer Forderung gegen einen Gesellschafter kein Verstoß gegen § 181 BGB.

5. **RG.** R. **14** Nr. 177. § 181 nicht anwendbar, wenn die Geschäftsführer einer GmbH. bei Aufnahme eines Darlehens dem Darlehnsgläubiger einen Teil des Darlehnskapitals aus eigenen Mitteln zur Verfügung stellen. (Durch die notarielle Schuldverschreibung verpflichteten sie lediglich die von ihnen vertretene Gesellschaft und träten dabei selbst in keinerlei Beziehungen zum Gläubiger.)

6. Sicherungsübereignung eines Warenlagers. ThürBl. **61** 19 (Jena). Die Übereignung von Ersatzstücken durch Vertragsschluß des Inhabers des Warenlagers mit sich selbst gültig, da der Inhaber damit nur seine Verpflichtungen gegenüber dem Gläubiger erfüllt. Voraussetzung die Erkennbarkeit, aber es genügt, wenn auch nur eine Person in der Lage ist, die abgegebene Willenserklärung als solche zu erkennen. (Vgl. JW. **11** 462 Nr. 28: Die Absicht der Parteien, Eigentum zu übertragen, kann von vornherein nicht nur für den vorhandenen Warenbestand, sondern auch für die Ersatzwaren bestehen.)

7. Rechtsgeschäfte des Vaters für das minderjährige Kind. a) OLG. **28** 38, ZBlFG. **14** 682 Nr. 839 (München). Ein Vater,

der durch unerlaubte Handlung oder auf andere Weise Schuldner des geschäftsunfähigen Kindes geworden, kann zum Zwecke der Eintragung einer Sicherungshypothek die zur Einigung über die Pfandbestellung notwendige Annahmeerklärung gegen sich selbst abgeben. Ein Schutzbedürfnis für das Kind liegt nicht vor. **b)** KGJ. **45** 237 ff. (KG.). In einem Falle, in welchem der Vater gemäß § 181 nicht imstande wäre, rechtswirksam für das Kind zu handeln, ist er auch nicht imstande, zu der von dem Kinde selbst abgegebenen Erklärung rechtswirksam die erforderliche Einwilligung zu erteilen; er ist auch insoweit von der Vertretung ausgeschlossen. Dieser Grundsatz ergibt sich, wenngleich dem Wortlaute nach ein unter § 181 fallender Tatbestand nicht vorliegt, zumal die erforderliche Einwilligung auch gegenüber dem Kinde erklärt werden kann, aus der Erwägung, daß das BGB. die Erteilung der Einwilligung zu der Willenserklärung des Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter als einen Fall der gesetzlichen Vertretung auffaßt, und daß seinen Vorschriften allgemein der Gedanke zugrunde liegt, die Ausschließung von der gesetzlichen Vertretung umfasse auch die Ausschließung von dem Rechte zur Erteilung der erforderlichen Einwilligung (vgl. Mot. IV 740, 1083, 1106 und Staudinger, BGB. [7/8] § 1630 Anm. 5). Die entgegengesetzte Auffassung würde zu dem offenbar unannehmbaren Ergebnisse führen, daß der Vater das Verbot des § 181 dadurch umgehen kann, daß er nicht selbst als Vertreter des Kindes auftritt, sondern dieses mit seiner Einwilligung auftreten läßt, während doch bei einem neunjährigen Kinde von einem dem Vater gegenüber selbständigen rechtsgeschäftlichen Willen regelmäßig nicht die Rede sein kann (240).

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung.

Literatur: Josef, Bevollmächtigung zur Vermietung und Einwilligung, LeipzZ. **14** 925.

§ 182. 1. Tatsächliche Genehmigung der gesamten Erklärungen angenommen im Falle **RG.** R. **14** Nr. 2383, wo die Ehefrau den Verhandlungen des Ehemanns mit dem Kläger beigewohnt und die Frage, ob sie mit den Abmachungen einverstanden, bejaht hatte.

2. FrankfRundsch. **47** 28 ff. (LG. Frankfurt a. M.). Einwilligung zu den Rechtsgeschäften der Frau, die deren Generalbevollmächtigter vornimmt, liegt in der Erklärung des Ehemanns, daß er sich der von seiner Frau erteilten Generalvollmacht in allen Teilen anschließe.

3. Josef aaO. bespricht das Rechtsverhältnis zwischen dem Hauseigentümer und dem Mieter, wenn der Verwalter den Mietvertrag im eigenen Namen abgeschlossen hat (**RG. 80** 395). Gegen Lenel, DJZ. **13** 885, wird ausgeführt, daß der Eigentümer gemäß § 182 nach jeder Richtung positiv aus dem vom Verwalter geschlossenen Vertrage verpflichtet werde, nicht nur, daß es ihm verboten sei, sein Eigentum im Widerspruche mit den vom Hausverwalter übernommenen Verpflichtungen geltend zu machen. Hat der Ehemann den Vertrag im eigenen Namen als Nießbraucher abgeschlossen, so bleibt der Frau das Kündigungsrecht nach §§ 1423, 1056. Stimmt sie zu, so verliert sie nicht nur das Kündigungsrecht, sondern ist auch zur Gebrauchsgewährung verpflichtet.

§ 184. RG. R. **14** Nr. 1535, GruchotsBeitr. **58** 910, SächsRpflA. **14** 345, WarnE. **14** 248. Ob die satzungsgemäß vorgeschriebene Genehmigung zur Veräußerung eines Gesellschaftsanteils vor oder nach dem Tode des Erwerbers erfolgt, ist unerheblich; in jedem Falle hat sie gemäß § 184 BGB. rückwirkende Kraft.

§ 185. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2385. Verfügung ein Rechtsgeschäft mit unmittelbaren rechtsändernden Wirkungen, zu unterscheiden von der nur vorbereitenden Verpflichtung (auch wenn sie bezüglich der Erben durch ein Testament begründet wird). Vgl. **RG. 49** 416.

2. R. **14** Nr. 316 (Stuttgart). Wer von dem Nichtberechtigten erworben hat, wird dadurch, daß der Berechtigte die Verfügung genehmigt, nicht zum Rechtsnachfolger des letzteren. (Betrifft die Anfechtung nach § 40 KO.)

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

§§ 186 ff. 1. Josef, Versäumung der Klagefrist des Versicherungsnehmers, R. **14** 321 ff., vertritt den Standpunkt, daß auch unverschuldeter Ablauf der Ausschlußfrist den Verlust des Anspruchs herbeiführen solle. (Anders die frühere Praxis, in solchem Falle stehe der Einrede des Fristablaufs die Replik der Arglist entgegen, weil jene Einrede mit dem das Versicherungsverhältnis beherrschenden Grundsatze der Vertragstreue und der Billigkeit im Widerspruche stehen würde.) Das BGB. erkläre nur für gesetzliche Fristen lediglich die §§ 203, 206, 207 für entsprechend anwendbar. Das müsse auch für vereinbarte Ausschlußfristen als stillschweigend vereinbart gelten, soweit es dem mutmaßlichen Willen der Parteien entspreche.

2. Vgl. Oertmann aaO. 257 darüber, welche von den Vorschriften der §§ 186 ff. Auslegungsregeln, welche Dispositivregeln sind.

§ 193. 1. **RG. 83** 338. § 193 ist für die ZPO. ersetzt durch die allgemeine Vorschrift des § 222 Abs. 2 ZPO.

2. LeipzZ. **14** 875 Nr. 2, MecklZ. **32** 257 (Rostock). Der § 193 findet auf sog. Ausschlußfristen keine Anwendung.

3. OLG. **28** 40, R. **14** Nr. 1536 (Naumburg) bereits JDR. **12** 2.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Literatur: Bauchwitz, Gerichtliche Geltendmachung abgelehnter Versicherungsansprüche, LeipzZ. **14** 643 ff. — Bendix, Das Anerkenntnis des § 307 ZPO. und die Verjährung, LeipzZ. **14** 466 ff. — **Bendix, Kriegssonderrecht 14** 33, 36 ff., 109. — Hallbauer, Krieg und Verjährung, BankA. **14** 408 ff. — Hartmann, Unvordenkliche Verjährung, DJZ. **14** 145 ff. — Silberschmidt, Die Verjährung der Forderungen des Baumeisters und gegen den Baumeister, GruchotsBeitr. **58** 333 ff. — Starck, Über die Verjährung der von einem Scheinkaufmann eingegangenen Geschäfte, R. **14** 135.

§ 196. Ziff. 1. I. Zum Begriffe des Gewerbebetriebs (JDR. **12** I 3). 1. R. **14** Nr. 1537 (Hamburg). Zum Begriffe des Gewerbes gehört nach der Verkehrsauffassung eine gewisse Berufsmäßigkeit der Erwerbstätigkeit. Diese ist regelmäßig auf seiten des Hauseigentümers bei dem Vermieten seiner Wohnungen zu verneinen. Auch die Bewachung des Hauses, die Kontrolle der Hausordnung und die Übernahme anderer laufender Hausarbeiten stellen eine bloße Erhaltung und Verwaltung des eigenen Vermögens dar. Die Tätigkeit eines Wohnungshalters kann zu einer berufsmäßigen werden, wenn er z. B. zum Zwecke eines größeren Mietbetriebs mehrere Häuser mietet, ein besonderes Mietbureau errichtet oder noch andere Leistungen für die Mieter, z. B. Beköstigung übernimmt.

2. HessRspr. **15** 6 (LG. Gießen). Landwirtschaft kein Gewerbe im Sinne des § 196 Nr. 1. (Im Anschluß an die allgemeine Praxis unter Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber den Begriff im Sinne der Auslegung zum PrVerjährungsG. von 1838 aufgefaßt wissen wollte.)

3. OLG. **28** 42 (Celle). Gewerbebetrieb einer GmbH. Aus § 13 Nr. 3 GmbHG. und § 6 mit § 5 HGB. folgt nicht, daß jede GmbH. ein Handelsgewerbe betreibt. Dies ist vielmehr bei jeder GmbH. Tatfrage. (Im zugrunde liegenden Falle verneint, wo infolge des in Aussicht stehenden Konkurses den Gläubigern der Aktiengesellschaft ein Verlust drohte, den sie nur dadurch abwenden konnten, daß sie das ihnen verpfändete Grundstück erwarben und eine günstige Gelegenheit zum Wiederverkauf abwarteten. Die Absicht ging demnach nicht darauf, sich mit der Gründung der Gesellschaft eine Quelle dauernder Einnahmen zu eröffnen, sondern sie wollten einen günstigen Verkauf, also einen einmaligen Erfolg erzielen.)

II. Starck, R. **14** 135: Das von einem Scheinkaufmanne (d. h. der im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, ohne nach dem Gesetze Kaufmannseigenschaft zu besitzen) eingegangene Geschäft ist zugunsten des Gegenkontrahenten als das eines Kaufmanns anzusehen. Die Ansprüche des Scheinkaufmanns aus diesem Geschäft unterliegen nach § 196 Nr. 1 der kurzen Verjährung, wie wenn er Vollkaufmann wäre.

III. Verjährung der Neben- und Ersatzansprüche. 1. OLG. **28** 41 (Stuttgart). Verjährung des Abnahmeanspruchs bei Verjährung des Kaufpreisanspruchs.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 374 Nr. 2. Nicht nur die Ansprüche auf eigentliche Vertragserfüllung, sondern auch diejenigen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unterliegen der kurzen Verjährung.

3. Ebenso R. **14** Nr. 317 (Stuttgart). Nebenansprüche, die sich auf eine andere Gegenleistung für die Lieferung von Waren beziehen. Dagegen nicht Bereicherungsansprüche, R. **14** Nr. 2232 (Nürnberg).

4. **RG.** JW. **14** 977 Nr. 2, LeipzZ. **14** 1749 Nr. 1, R. **14** Nr. 2380. Eine Geldstrafe, die in einem Bierlieferungsvertrage für den Fall des Bezugs fremden Bieres versprochen war, wurde nicht für kurz verjährbar erachtet. (Das LG. hatte unter Bezugnahme auf **RG. 61** 390 angenommen, daß sich die Vertragsstrafe als Ersatzleistung für den der Klägerin entgangenen Anspruch auf den Kaufpreis darstelle. Das RG. ließ dies in Übereinstimmung mit dem OLG. nicht gelten, weil die Strafe so bemessen war, daß sie das Interesse der Klägerin am Verkaufe der entsprechenden Menge überstieg; sie sollte nicht für den einzelnen nicht verkauften Hektoliter eine Entschädigung gewähren, sondern namentlich dazu dienen, den dem Beklagten zugewiesenen Bezirk der klägerischen Brauerei als Absatzgebiet zu erhalten. Das Urteil widerspricht also nicht dem Rechtssatze, daß der Ersatzanspruch der kurzen Verjährung unterliegt, wenn sich die geschuldete Leistung als Entgelt für die Hauptleistung darstellt.)

5. Ziff. 1, 7. Über die Verjährung der Forderungen des Baumeisters und gegen den Baumeister. Silberschmidt, GruchotsBeitr. **58** 333 ff. Es wird gezeigt, daß nach der preußisch-landrechtlichen Auffassung die kurze Verjährung nicht auf Bauunternehmer angewendet wurde, auch wenn sie z. B. für einzelne Teile des Baues sachverständig waren, da sie nicht als Handwerker, sondern Unternehmer in Frage kamen. Ferner wird unter eingehender Besprechung der Rechtslehre und Rechtsprechung nachgewiesen, daß von dieser preußisch-rechtlichen Auffassung die neuere Rechtsprechung zum Teil beeinflußt worden sei. Eine frühere Zeit wollte der aufschießenden Bauunternehmung mit unzulänglichen Mitteln entgegentreten. Sie glaubte das Leben meistern zu können, wenn sie nur den Vertrag des sachverständigen Baumeisters als „Enterprisevertrag" anerkannte, nur einem solchen Unternehmer die pfandrechtliche Sicherheit gewährte, nur ihm gegenüber die Forderung des Bestellers in kurzer Zeit verjähren ließ, dafür aber auch nur seine Baugeldforderung mit der kurzen Verjährung belegte, während die Forderung von Bönhasen ungestört 30 Jahre lief. Die neuere Gesetzgebung hat nach manchem Zickzack eingesehen, daß hier Rechte und Pflichten sich nur nach tatsächlichen Leistungen verteilen lassen. Der wirkliche Unternehmer eines Bauwerkes oder einzelner Teile eines solchen erhält die Sicherungshypothek für das betreffende Grundstück, und die Forderungen gegen ihn verjähren gemäß § 638 BGB. Ist der Unternehmer, wie bei größerem Betriebe jetzt regelmäßig, Kaufmann nach § 2 HGB., oder ist er Bauhandwerker, gleichviel, welchen Umfang sein Betrieb hat, dann ist § 196 Ziff. 1 BGB. ebenfalls anzuwenden. Ist der technische Arbeiter Kaufmann oder Handwerker, hat er aber nicht die Ausführung des Baues oder einzelner Teile übernommen, so fällt auch die Lieferung von Waren, Ausführung von Arbeiten

und Besorgung fremder Geschäfte mit Einschluß der Auslagen noch unter § 196. Ist der Techniker weder Kaufmann noch Handwerker, und handelt es sich nicht um die eben genannten Leistungen, dann fragt es sich, welcher Art die Dienste sind, die er übernommen hat. Hat er als Künstler zu schaffen zugesagt, dann läuft die ordentliche Verjährung. Ist dies nicht der Fall, hat er aber die Leistung technischer Dienste gewerbsmäßig übernommen, etwa als Architekt die Fertigung der Pläne, die Aufsicht auf dem Bau oder die Abrechnung mit den Arbeitern, so läuft hierfür die kurze Verjährung des § 196 Ziff. 7 BGB.

§ 197. **RG.** 84 406 f., LeipzZ. **14** 1528 Nr. 3. Der Anspruch des Beamten auf Tagegelder (§ 3 PrG. vom 24. März 1873) ist Anspruch auf Entschädigung für Aufwand, im gewissen Sinne auf Erstattung von Auslagen, hat mit dem Gehalte nichts zu tun. Die Tagegelder sind auch nicht regelmäßige, d. h. in bestimmten Terminen wiederkehrende Leistungen im Sinne des § 197. Sie verjähren in 30 Jahren.

§ 198. **RG. 83** 354 ff., JW. **14** 310 Nr. 13. Beginn der Verjährung von Schadensersatzansprüchen einer Genossenschaft gegen die Vorstandsmitglieder wegen Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (§ 34 Abs. 4 GenG., § 241 Abs. 5 HGB.). Entstanden ist der Anspruch nicht schon mit der Vornahme der pflichtwidrigen Handlung, sondern in dem Augenblick, in dem der Schuldner rechtlich auf ein Tun oder Unterlassen in Anspruch genommen werden kann (vgl. JW. **12** 29 Nr. 12). Die §§ 194, 198 verlangen keineswegs, daß die Voraussetzungen zur Erhebung einer Leistungsklage gegeben sein müßten. — Die Feststellungsklage ist die Form, in der ein Anspruch mit derselben, die Verjährung unterbrechenden Wirkung einer Leistungsklage zur Geltung gebracht werden kann und geltend gemacht werden muß, wenn der Beschädigte die Leistungsklage nicht erheben kann. Angewendet auch der Grundsatz der Rechtsprechung zu § 852, wonach die Ungewißheit über den Umfang und die Höhe des Schadens den Beginn der Verjährung nicht ausschließt; alle Folgezustände, die im Zeitpunkte der Erlangung der Kenntnis von dem Schaden überhaupt nur als möglich vorauszusehen waren, gelten durch die allgemeine Kenntnis von dem Schaden als dem Verletzten bekannt geworden.

§ 202. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1792. Das Abkommen eines gegen Haftpflicht Versicherten mit dem Verletzten, letzterer solle mit der Geltendmachung seiner Forderung warten, bis die Höhe der Unfallrente festgestellt sei, ist keine Stundung im Sinne des § 202.

2. **RG. 84** 309 ff., JW. **14** 639 Nr. 2, R. **14** Nr. 1246, 1345—1347, 1652. Die Bestimmung des § 137 Abs. 2 GewUVG. vom 30. Juni 1900, wonach die Klage der Berufsgenossenschaft gegen den Unternehmer nicht vor Ablauf eines Monats nach Zustellung des Vorstandsbeschlusses erhoben werden darf, bewirkt keine Hemmung der Verjährungsfrist während dieser Frist. Die Bestimmung fällt auch sachlich nicht unter § 202, da der Ersatzpflichtige kein materielles Recht erhält, die Forderung abzulehnen. — Vgl. auch zu § 212.

3. *Fraeb, JW. **13** 1091 ff. — s. unten zu § 284 Ziff. 4 —, stellt fest, daß er niemals den ihm von Hoffmann — s. JDR. **12** § 284 Ziff. 1 — zugeteilten Satz: „Wiederholte Mahnungen unterbrechen die Verjährung, denn im Stillschweigen des Schuldners auf eine Mahnung liegt eine Anerkennung des Anspruchs" aufgestellt habe (JW. **12** 776 ff.). Er habe im Gegenteile sogar hervorgehoben, daß die Mahnung in der weiteren Wirkung des Zahlungsbefehls nach § 209 BGB. diesem nicht gleichstehe, und daß der Gläubiger durch die provozierte stillschweigende Anerkennung des Schuldners die Verjährung unterbrochen habe. Das anerkennende Verhalten des Schuldners, nicht aber die Mahnungen des Gläubigers erscheinen danach als die rechtserheblichen Unterbrechungstatsachen. Zur Unterbrechung der Verjährung durch Anerkenntnis genügt aber jede ausdrückliche oder stillschweigende dem Berechtigten gegenüber erfolgende Kundgebung, aus der die Überzeugung des

Verpflichteten von dem Bestehen des Anspruchs erhellt. Aus dem Gebote der Vertragstreue und aus der Notwendigkeit von Klarheit und Sicherheit im Rechtsverkehr ergibt sich, daß ein Vertragschließender sein Verhalten dem Vertragsgegner gegenüber derart einzurichten hat, daß es nicht zu Mißdeutungen Anlaß gibt, daß namentlich der Vertragsgegner dadurch nicht irregeführt und nicht in die Lage versetzt werden darf, die zur Wahrnehmung seiner Rechte dienlichen Schutzmaßregeln zu unterlassen.

§ 203. 1. Vgl. § 8 G. betreffend den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen. Das Gesetz stellt nicht alle Ausschlußfristen unter § 8, sondern nur diejenigen, auf die der § 203 BGB. entsprechende Anwendung findet, weil, wie die Begründung sagt, zu tief in das materielle Recht eingegriffen werden würde. Daher tritt Stein, Zwei Fragen des Kriegsrechts, JW. **14** 805 dafür ein, daß die Klagerhebung gegen die Kriegsteilnehmer an sich zulässig sein muß, um ihr die weiteren Wirkungen der Rechtshängigkeit zu sichern (vgl. §§ 561, 291 f., 987, 1300 BGB. usw.). Gegen Kipp, DJZ. **14** 1021, Sieskind, Prozeßrechtlicher Schutz der Kriegszeit 11. — Weitere Literatur Güthe, GruchotsBeitr. **59** 38. Ebenso Bendix, JW. **14** 824, der ferner darauf hinweist, daß nach § 8 des Notgesetzes die Verjährung nur gehemmt, nicht unterbrochen wird, und überdies das Interesse des Kriegsteilnehmers auch dahin geht, die prozessuale Zuständigkeit herbeizuführen.

2. v. Harder, JW. **14** 991, meint, daß die Ansprüche im Auslande wohnhafter Gläubiger infolge der VO. vom 7. August 1914 (RGBl. 330, ausgedehnt durch VO. vom 22. Oktober 1914) der Gefahr der Verjährung ausgesetzt seien. Eine entsprechende Schutzbestimmung wie im § 8 G. vom 4. August 1914 fehle, auch § 203 komme nicht entsprechend zur Anwendung, da kein Stillstand der Rechtspflege vorliege. Dagegen Höchster, JW. **14** 1096, der § 202 entsprechend anwenden will. Vgl. **RG.** JW. **14** 990 und v. Harder, JW. **15** 63.

3. Über die Frage, ob nach § 8 die Hemmung der Verjährung und insbesondere von Ausschlußfristen auch im öffentlichen Rechte eintritt, vgl. PrVerwBl. **35** 869 ff.

4. *Bendix, Bürgerliches Kriegssonderrecht. **a)** Die Ausschlußfristen des öffentlichen Rechtes fallen nicht unter § 8 Abs. 2 KTG. (aaO. 33). **b)** Für einen Teil der Ausschlußfristen des Beamtenfürsorgerechts und des Festungsrayongesetzes gilt Abs. 2 § 8 KTG., für den anderen nicht (aaO. 36 ff.). **c)** Die Verjährung der vermögensrechtlichen Ansprüche von Auslandsgläubigern ist durch die Bek. vom 7. August 1914 gehemmt (aaO. 109).

§ 208. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 762 Nr. 4, R. **14** Nr. 464. Die Bezahlung von Rechnungen des Arztes und Apothekers keine Unterbrechung der Verjährung des Haftpflichtanspruchs, da sie keine Anerkennung des Anspruchs auf künftige, im einzelnen noch unbestimmte Leistungen enthält.

2. Anerkenntnis im Sinne des § 208 ist jedes Verhalten dem Gläubiger gegenüber, aus dem sich das Bewußtsein des Schuldners von der Existenz der Schuld klar und unzweideutig ergibt (**RG. 73** 131 ff.). **RG.** JW. **14** 34 Nr.4, R. **14** Nr. 1793, WarnE. **14** 4 verneint das Bewußtsein des Schuldners in einem Falle, in dem Schuldner nach dem Unfall und später erklärt haben sollte, er komme für allen Schaden auf, Kläger könne sich ruhig an ihn halten, er sei durch Versicherung gedeckt. Diese Äußerungen seien nur zur Beruhigung bestimmt, bedeuteten nur, zur Entschädigung bereit zu sein, weil und soweit der in Anspruch Genommene schadensersatzpflichtig und durch Versicherung gedeckt sei. Es werde nicht behauptet, daß Ersatz des Schadens schenkungshalber auf jeden Fall versprochen worden sei (?).

§ 209. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 67 Nr. 4 (vgl. WarnE. **14** 8). Wenn durch Klagerhebung die Verjährung unterbrochen wird, so geschieht dies doch nur insoweit, als eben mit der Klage ein Anspruch geltend gemacht wird, so daß bezüglich anderer

Ansprüche, mögen sie auch auf demselben Rechtsgrunde beruhen, und ebenso bezüglich solcher Teile des Anspruchs, die in der Klage nicht geltend gemacht sind, die Verjährung nicht aufhört zu laufen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1794. Erhebt der in Gütergemeinschaft lebende Ehemann die Feststellungsklage auf Ersatz allen der „Ehefrau" infolge ihres Unfalls erwachsenden Schadens, so wird damit, da es sich um den Schaden des Gesamtguts handelt, auch die Verjährung der an sich dem Ehemanne zustehenden Ansprüche unterbrochen.

3. Bauchwitz, LeipzZ. **14** 643 ff., verteidigt die analoge Anwendung des § 209 auf die Verwirkungsfrist und auf § 12 Abs. 2 VVG.

§ 211. 1. OLG. **28** 48 (KG.). § 211 Abs. 2 gilt nicht, wenn das Gericht den Prozeß zum Stillstande kommen läßt, weil es, wie z. B. im Beweisverfahren, von Amts wegen für den Fortgang zu sorgen hat. Dies ist auch der Fall, wenn das Gericht der Partei die Einzahlung eines Vorschusses aufgegeben hat und das Verfahren wegen Nichteinzahlung ruhen läßt, anstatt ihr eine Frist gemäß § 379 ZPO. zu stellen.

2. SeuffA. **69** 74 (Hamburg). Die Unterbrechung der Verjährung endet durch Nichtbetreiben des Prozesses während der Suche nach den Adressen von Zeugen. Man kann nicht etwa sagen, die Nachforschungen nach den Zeugenadressen seien als „Prozeßhandlungen" im Sinne von § 211 anzusehen, so daß also jede einzelne Nachfrage die Verjährung von neuem unterbrochen haben würde. Denn es handelt sich bei derartigen Nachfragen lediglich um Vorgänge, die weder für das Gericht noch für die Gegenpartei rechtliche Bedeutung haben oder auch nur erkennbar werden.

3. OLG. **28** 47 (Hamburg). Verjährung künftiger Heilkosten durch Ruhen des Rechtsstreits nach rechtskräftiger Feststellung des Anspruchsgrundes.

§ 212. 1. **RG. 84** 309 ff. (vgl. zu § 202 Ziff. 2). Die vor Ablauf der im § 137 Abs. 2 GewUVG. bestimmten Frist erhobene Klage war abgewiesen worden. Trotzdem wurde Unterbrechung gemäß § 212 angenommen. Ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil ist ein solches, das die Klage abweist ohne Entscheidung darüber, ob der streitige Anspruch besteht oder nicht. Als überhaupt nicht geeignet zur Unterbrechung ist nur eine solche Klage anzusehen, die den wesentlichen Formvorschriften des § 253 ZPO. nicht entspricht, also in Wahrheit keine Klage im Sinne des Gesetzes ist.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2042. Ist ursprünglich auf Kapitalabfindung und nur vorsorglich (eventuell) auf eine Rente geklagt, so steht einer nachträglichen Erhöhung des Klagantrags die Verjährung nicht entgegen, wenn die Rente von vornherein in ihrer Höhe dem jetzt verlangten Kapital entspricht.

3. OLG. **28** 44 (Düsseldorf). Umwandlung der Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht in einen Leistungsantrag als teilweise Klagerücknahme.

§ 213. Traumann, JW. **14** 718, weist darauf hin, daß nach der neuen Fassung des § 697 ZPO. die Notwendigkeit einer neuen Klagerhebung binnen 6 Monaten zur Erhaltung der Rechtshängigkeit nicht mehr erforderlich ist (gegen eine irrtümliche Bemerkung der neuen Auflage des Kommentars von Reichsgerichtsräten). Ohne Verweisungsantrag bleibt die Sache beim Amtsgericht anhängig, nach der Verweisung geht die Anhängigket auf das Landgericht über.

§ 218. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1528 Nr. 4, R. **14** Nr. 1658, hält daran fest, daß ein nach § 304 ZPO. nur dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärter Anspruch nicht im Sinne des § 218 rechtskräftig festgestellt ist (vgl. **RG. 66** 10).

2. Bendix, Das Anerkenntnis des § 307 ZPO. und die Verjährung, LeipzZ. **14** 466 ff., behandelt die Wirkung des Anerkenntnisses ohne nachfolgendes Urteil. Sie beschränkt sich auf §§ 208, 211 Abs. 2 BGB. Abzulehnen ist, daß das prozessuale Anerkenntnis die Bedeutung eines nach 30 Jahren verjährenden Schuldanerkenntnisses im Sinne der §§ 780 ff. hat. Da das Anerkenntnis als solches keinen vollstreckbaren Titel gewährt, so ist auch § 218 Abs. 1 Satz 2 nicht anwendbar.

§ 222. 1. **RG. 84** 373. Durch ein rechtskräftiges Feststellungsurteil wird das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis unabänderlich soweit festgestellt, als es den unmittelbaren Gegenstand der Entscheidung bildet. In diesem Umfang ist es weiteren Einwendungen der Parteien entzogen und auch vom Richter bei späteren Entscheidungen ohne Prüfung der Richtigkeit als maßgebend hinzunehmen. Zu den hiernach unzulässigen Einreden gehört auch der Einwand der Verjährung, so daß der Verpflichtete des Rechtes, wegen Ablaufs der Verjährungsfrist gemäß § 222 BGB. die Leistung zu verweigern, verlustig geht (vgl. **RG. 66** 11).

2. **RG. 84** 281 ff. Die Beiträge, die die Berufsgenossenschaften auf ihre Mitglieder umlegen, beruhen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage und werden gemäß § 103 Abs. 1 G. vom 5. Juli 1900 wie Gemeindeabgaben beigetrieben. Die Verjährungsfrist im § 103 Abs. 2 aaO. ist daher eine solche des öffentlichen Rechtes und von Amts wegen zu berücksichtigen.

§ 223. OLG. 28 50 (KG.). Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist dem eigentlichen Pfandrecht im Sinne des § 223 gleichzustellen.

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

§ 227. **RG. 84** 306, JW. **14** 587 Nr. 4, R. **14** Nr. 1074, 1075. Was zur Verteidigung „erforderlich", ist objektiv, d. h. sachlich nach den Umständen des Falles zu prüfen. Es kommt nicht darauf an, wie der Angegriffene nach seiner persönlichen Anschauung von der Beschaffenheit des Angriffs die Erforderlichkeit der Verteidigung bemißt. Das gilt zuungunsten *wie zugunsten des Angegriffenen.* — Die Möglichkeit der Flucht schließt Notwehr regelmäßig nur dann aus, wenn der Angegriffene sich, ohne daß er berechtigte Interessen aufgibt, dem Angriff entziehen kann. (Verneint wurde, daß der Gastwirt vor Raufbolden die Flucht ergreifen mußte; zur Prüfung anheimgestellt, ob der Beklagte nicht weiteren Tätlichkeiten durch Drohung mit seinem Metzgermesser hätte vorbeugen können.)

§ 228. 1. SchlHolstAnz. 14 79 (Kiel). Ein Jagdberechtigter ist befugt, einen in seinem Jagdgebiete frei umherlaufenden Hund zu töten, wenn die Voraussetzungen des § 228 vorliegen. (Die Voraussetzung im gegebenen Falle für vorliegend erachtet, da ein Hund, der an einem Tage mehrfach auf fremdem Jagdgebiet angetroffen wird, eine dauernde Gefahr für den Jagdberechtigten bildet.)

2. Vgl. dagegen OLG. 28 245 (München), wo die Berufung auf §§ 228, 229 BGB. versagt wird mit Rücksicht auf § 17 VO. vom 5. Oktober 1863, aufrecht erhalten durch Art. 69 EG., der die Tötung wildernder Hunde durch den Jagdberechtigten schlechthin verbietet.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

§ 241. *Das Schuldverhältnis. Begriff. Gegenstand. Arten.*

Literatur: v. *Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, IheringsJ. **64** 355 ff. — *Last*, Zur Lehre von Schuld und Haftung, GrünhutsZ. **40** 515 ff. — *Schreiber*, Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik. Bd. 1. Leipzig 1914. — *Ulrich*, Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Rechte, IheringsJ. **64** 161 ff.

I. *Begriff der rechtsgeschäftlichen Verfügung.* **Kluckhohn*, Die Verfügungen zugunsten Dritter 44 ff. Die rechtsgeschäftliche Ver-

fügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das in Beziehung auf ein Recht (nicht eine Sache, aber auch nicht notwendigerweise ein Vermögensrecht) unmittelbar, d. h. ohne vermittelnde Begründung eines Schuldverhältnisses, eine Änderung herbeigeführt wird. Auch die Begründung eines Rechtes kann eine Verfügung sein (anders die allgemeine Ansicht). Als Kennzeichen des Verfügungsgeschäfts ergibt sich die Möglichkeit der Unterstellung unter die Rechtssätze von der causa gemäß §§ 812, 816 BGB. und von der Gleichstellung des Rechtsgeschäfts eines Nichtberechtigten unter Zustimmung des Berechtigten usf. mit dem Rechtsgeschäfte des Berechtigten gemäß § 185 BGB.

II. Schuld und Haftung. 1. Schreiber beschäftigt sich mit den Grundbegriffen Schuld und Haftung (Gegenstück Anrecht und Deckung) und ihren praktischen und theoretischen Folgen; s. auch Last aaO.

2. OLG. 28 52 Anm. 1 (BayObLG.). Die Haftung des Vertragschließenden kann auch mit Wirkung für und gegen seinen allgemeinen Rechtsnachfolger auf bestimmte Vermögensstücke beschränkt werden.

3. Dauernde Schuldverhältnisse s. zu § 362.

4. Gegenstand des Schuldverhältnisses. a) Möglicher Inhalt. OLG. 28 53 (Cassel). Es gibt keinen privatrechtlichen Anspruch gegen den Patentinhaber auf Änderung der von dem Patentamte verfaßten Patentschrift. b) Bestimmtheit der Leistung. α. **RG.** R. **14** Nr. 465. Vertragsangebote, deren Annahme auch durch eine dritte vom Antragsempfänger zu bezeichnende oder „vorzustellende" Person soll erfolgen dürfen, entbehren nicht der erforderlichen Bestimmtheit. β. **RG.** JW. **14** 978 Nr. 3. Hängt das Recht eines Gläubigers, eine gewisse Leistung zu fordern, von dem ungewissen Eintritt einer künftigen Tatsache ab, so besteht ein bedingtes Forderungsrecht; soll aber auch der Inhalt der Leistung erst durch diese Tatsache bestimmt werden, ohne daß vorher aus der Natur des Rechtsverhältnisses sich auch nur irgendwelche obere oder untere Grenzen der Leistung ergeben, so besteht ein Forderungsrecht nicht, wenn auch schon der Grund zu einem künftigen Forderungsrechte gelegt ist. c) Unterlassungsansprüche. α. **RG.** JW. **14** 480 Nr. 28. Ein Schuldverhältnis, nach dem der Schuldner die Handlung eines Dritten zu verhindern hat, verpflichtet jenen zu einer Handlung, nicht zu einer Unterlassung. β. Ulrich, JheringsJ. **64** 161. Die Pflicht, alles, was die Erreichung des Obligationszwecks vereiteln kann, zu unterlassen, ist zwar von der Pflicht zur positiven Leistung zu trennen, sie erzeugt jedoch keinen selbständigen Unterlassungsanspruch (176). d) *Grieshaber, Über den besonderen Leistungstyp der Gefahrtragung im Versicherungsvertrage s. Bem. zu § 1 VVG.

§ 242. Literatur: Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte (Leipzig 1914) und ein Aufsatz mit demselben Titel, DJZ. **14** 649. — Riedinger, Verwandlung von Bringschulden in Holschulden durch Annahmeverweigerung des Gläubigers, JW. **14** 736.

1. **RG. 84** 136. Wie die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des RG. in vielfacher Übung steht (vgl. **RG. 58** 428, **70** 195, **71** 435, **75** 342), so wird auch ihr Gegenstück, die Gegeneinrede der Arglist anerkannt und gebraucht (vgl. z. B. **RG. 57** 376, **64** 220, WarnE. **08** 41, **RG. 76** 355).

2. PosMSchr. **14** 62 (Posen). Wenn der Gläubiger sich über einen mehrjährigen Zeitraum die unpünktliche Zinszahlung gefallen läßt, so darf der Schuldner zu der Auffassung kommen, daß der Gläubiger auf die Innehaltung der pünktlichen Zinszahlung keinen Wert mehr lege und daß er, wenn er weitere Nachsicht nicht mehr üben wolle, dies dem Schuldner vor Geltendmachung des Kündigungsrechts wegen verspäteter Zinszahlung zu erkennen geben werde. Dies konnte der Schuldner trotz der in der Zwischenzeit erfolgten Kündigungen glauben, weil der Gläubiger hieraus nie die Folgerung der Einklagung der Hauptsumme zog (vgl. **RG.** JW. **12** 385 Nr. 4 und RGRKomm. BGB. [2] § 609 Anm. 3).

3. Riedinger. Einen Rechtssatz, daß der Annahmeverzug des Gläubigers allgemein die Bringschuld in eine Holschuld verwandle, gibt es nicht. Nach den Grundsätzen der §§ 157, 242 BGB. ist jedoch eine solche Umwandlung anzunehmen, wenn die Annahmeverweigerung aus nichtigen Gründen erfolgt.

4. OLG. **28** 52 (Hamburg). Der Empfänger einer Ware kann sich die Beilegung einer mit dieser nicht zusammenhängenden Anpreisung schon dann verbitten, wenn er durch sie irgendwelche Ungelegenheiten zu befürchten hat.

5. **R. 14** Nr. 2975 (Hamburg). Der Verkäufer kann die Erfüllung eines Sukzessivlieferungsvertrags nicht deshalb verweigern, weil die Art, wie der Käufer die Ware weiterverkauft, den Verkäufer möglicherweise bei seinen übrigen Kunden schädigt.

6. **RG.** LeipzZ. **14** 67. Die Auffassung, daß der an sich zu Teilabrufen berechtigte Käufer allgemein lediglich deshalb, weil er nicht innerhalb der im Vertrage vorgesehenen Zeit abgerufen hat, die ganze verkaufte Ware nur nach Zahlung abrufen dürfe, kann als richtig nicht angesehen werden.

7. **RG.** JW. **14** 34 Nr. 3. Hat beim Werkvertrage der Besteller die Räume zur Verrichtung der Werktätigkeit zu beschaffen, so hat er deren Gefährlichkeit zu vertreten, auch wenn er bloß Mieter und nicht Eigentümer ist.

8. *Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 151 zu Nr. 50. Über die Frage, ob der Bote des Verkäufers zur Ablieferung des Kaufgegenstandes an den Pförtner des vom Käufer bewohnten Hauses befugt sei, wenn in der Wohnung des Käufers niemand zur Entgegennahme gefunden wird.

§ 247. *v. Gierke, JheringsJ. **64** 380 ff. Die hier zuerst erwähnte Kündigung ist ein dem germanischen Rechte entstammendes Rechtsinstitut, das den dauernden Schuldverhältnissen eigentümlich ist und im heutigen Rechte das unentbehrliche Gegengewicht gegen ihre dauernde Bindungskraft bildet. Sie ist wesensverschieden vom Rücktritte, spielt aber (namentlich als Kündigung ohne Kündigungsfrist) bei dauernden Schuldverhältnissen in erheblichem Umfange dieselbe Rolle, die bei vorübergehenden Schuldverhältnissen dem Rücktritte zufällt. Die Voraussetzungen und die Fälle des Kündigungsrechts und sein Verhältnis zum Rücktrittsrechte sind im einzelnen dargelegt.

§ 249. Literatur: Dörr, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, R. **14** 384. — Kiehl, Zu einigen Streitfragen beim Kaufe usw., JW. **14** 497 ff.

I. Begriff des Schadens. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2845. Ein Schaden liegt auch darin, daß der Gläubiger statt baren Geldes nur eine — wenn auch dinglich gesicherte — Geldforderung besitzt.

2. Nachweis des Schadens. a) **RG.** R. **14** Nr. 466. Wenn ein Unfall nach der allgemeinen Erfahrung auf einen bestimmten Umstand, insbesondere den Mangel einer Einrichtung oder Vorkehrung zurückzuführen ist, oder seine Entstehung von jenem Umstande wesentlich begünstigt wird, so hat der Gegner zu beweisen, daß in dem Einzelfalle diese Wirkung ausnahmsweise nicht eingetreten, sondern der Unfall einer anderen Ursache zuzuschreiben ist. b) **RG.** R. **14** Nr. 1248. Hat der Kläger dargelegt, daß ihm infolge des vertragswidrigen Verhaltens des Beklagten ein Schaden entstanden ist, und behauptet demgegenüber der Beklagte, daß der gleiche Schaden auch eingetreten wäre, wenn er seine Vertragspflichten erfüllt hätte, so ist es seine Sache, dies darzulegen und überzeugend nachzuweisen.

3. Art des Schadensersatzes. a) Zum Begriffe des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung s. Dörr, R. **14** 384. b) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1008. § 843 BGB. findet auch bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen Anwendung.

4. Umfang des Schadensersatzes. a) **RG. 83** 245, JW. **14** 140 Nr. 3, R. **14** Nr. 12. § 249 BGB. hat die Herstellung der gleichen wirtschaftlichen Lage im Auge. b) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 987, R. **14** Nr. 591. Der nach § 249 BGB.

herzustellende Zustand ist nicht notwendig der „frühere" Zustand. c) Kiehl, JW. 14 497. Bei Ermittlung des Schadensersatzanspruchs auf Grundlage des § 249 darf immer nur gefragt werden, in welcher Lage sich der Geschädigte befände, wenn die etwaige unerlaubte Handlung nicht vorgefallen wäre; dagegen ist im Falle des Betrugs nicht zu fragen, wie stände der Geschädigte, wenn für ihn durch die Leistung des Gegners derjenige wirtschaftliche Erfolg herbeigeführt worden wäre, den er, redliches Verhalten des Gegners vorausgesetzt, zu erwarten gehabt haben würde. **d) RG.** R. **14** Nr. 905. Bei sittenwidrigem Verschweigen einer Vermögensübertragung ist der Schaden nach dem Vermögensunterschiede zu berechnen, der sich bei Bekanntgabe des Überlassungsvertrags, nicht bei Unterlassung seines Abschlusses ergeben hätte. **e)** OLG. **28** 54 (Hamburg). Der Umstand, daß durch die Ausbesserung die Sache objektiv wertvoller geworden ist, als sie vor der Beschädigung war, steht dem Anspruch auf Ersatz der ganzen Ausbesserungskosten insoweit nicht entgegen, als nicht gleichzeitig der Gebrauchswert für den Eigentümer erhöht ist. **f) RG.** R. **14** Nr. 2401. Maßgebend für die Höhe des Schadensersatzes wegen Nichtherausgabe eines Hypothekenbriefs ist der Wert der Hypothek nicht zur Zeit des Herausgabeanspruchs, sondern zur Zeit des Ablaufs der aus § 283 BGB. gestellten Frist.

5. Vorteilsausgleichung. **a) RG.** R. **14** Nr. 15. **b)** OLG. **28** 54 (Braunschweig). Vorteilsausgleichung findet nicht statt, wenn der Eigentümer durch Ausbesserung eine Werterhöhung des beschädigten Gegenstandes erzielt (s. auch Hamburg 4 e). **c) RG. 84** 386, GruchotsBeitr. **58** 913, JW. **14** 756 Nr. 1, R. **14** Nr. 1541. Der III. Senat hält die Ansicht, daß die Abgabe eines Gebots auf das belastete Grundstück durch den Hypothekengläubiger im Zwangsversteigerungsverfahren stets eine selbständige Handlung darstelle und deshalb der dadurch erzielte Gewinn auf ein anderes Ereignis zurückzuführen sei, als der Schaden, der dem Ersteher durch Erlangung einer minderwertigen Hypothek und deren Ausfall im Versteigerungsverfahren erwachsen ist (**RG. 65** 57), nicht aufrecht.

II. Ursächlicher Zusammenhang. 1. **RG.** JW. **14** 981 Nr. 5.

2. **RG.** WarnE. **14** 77. Es fehlt am ursächlichen Zusammenhange, wenn sich im Anschluß an einen an sich harmlosen Unfall auf dem Nährboden einer nervösen Veranlagung Begehrungsvorstellungen, insbesondere die „überwertige" Idee entwickeln, eine schwere Gesundheitsschädigung erlitten zu haben.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 985, R. **14** Nr. 1077, WarnE. **14** 145. Aus einer neuen, mit der Mißhandlung gar nicht sich berührenden Ursache entwickelte sich die zweite Augenentzündung und mit ihr auf der Grundlage der schon vor der Mißhandlung vorhanden gewesenen nervösen Anlage die nervöse Erkrankung; die Mißhandlung durch den Beklagten scheidet hier als Ursache aus; sie spielt nur dadurch in die neue Krankheitsgeschichte hinein, daß der Kläger in seinem krankhaften nervösen Zustande den ursächlichen Zusammenhang der Mißhandlung zu der zweiten Erkrankung sich fälschlich einbildete, und daß diese Einbildung nicht möglich gewesen wäre, wenn nicht vorher die Mißhandlung sich ereignet hätte. Diese Beziehung ist im Rechtssinne kein ursächlicher Zusammenhang, der immer eine nach dem objektiven Erfahrungswissen festzustellende objektive Folgeerscheinung des als Ursache in Betracht kommenden Ereignisses fordert.

4. **RG.** R. **14** Nr. 2617. Zu den Heilungskosten können auch die Kosten wiederholter Besuche von Angehörigen gerechnet werden, wenn die Besuche für einen schwer Verletzten einen wesentlichen Heilfaktor darstellen.

5. **RG.** R. **14** Nr. 1659. Zum Schaden gehören auch die Kosten eines Vorprozesses des Geschädigten gegen den Erstverpflichteten; diese Kosten sind daher auch Gegenstand des Rückgriffsprozesses.

6. **RG.** R. **14** Nr. 1247. Der nachträglich ermittelte Anstifter einer verhöhnenden

Zeitungseinrückung haftet auch für die Kosten eines erfolglosen Prozesses gegen einen anderen ursprünglich der Tat Verdächtigen.

7. **RG.** R. **14** Nr. 178. Daß der Verletzte zunächst einen erfolglosen Prozeß gegen einen Dritten geführt hat, stellt ein Verschulden hinsichtlich der Verschlimmerung des Leidens durch die seelische Aufregung der Prozeßführung nicht dar, wenn die Sachlage nicht so gestaltet war, daß der Verletzte ohne weiteres die zur Leistung des Schadensersatzes verpflichtete Person hätte erkennen müssen.

§ 251. SeuffA. **69** 179 Nr. 95 (Dresden). Auch der Bergbauberechtigte, der dem geschädigten Eigentümer den vollen Grundstückswert zu vergüten hat, kann die Herausgabe des Grundstücks verlangen.

§ 254. Literatur: Goebel, Mitwirkendes Verschulden des Angestellten bei unbegründeter Entlassung, R. **14** 102. — Zitelmann, Operationsweigerung und eigenes Verschulden, ABürgR. **40** 213.

I. Allgemeines. 1. Begriff des mitwirkenden Verschuldens. **a) RG.** GruchotsBeitr. **58** 921, JW. **14** 827, LeipzZ. **14** 1528. Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten, von dem im § 254 BGB. die Rede ist, setzt die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht, die dem Beschädigten dem Schädiger gegenüber oblag, nicht voraus. Es stellt sich vielmehr im Grunde als ein Verschulden in eigener Angelegenheit dar, das in der Außerachtsetzung derjenigen Sorgfalt besteht, die nach der Auffassung des Verkehrs ein ordentlicher und verständiger Mann hätte anwenden müssen, um sich und das Seinige tunlichst vor Schaden zu bewahren (vgl. JW. **03** Beil. 27 Nr. 155, **RG. 52** 349 ff., **71** 212 ff.). **b) RG.** R. **14** Nr. 15. Eine allgemeine Verpflichtung des Beschädigten, den Schuldner auf den ihm, dem Beschädigten, zunächst erst drohenden Schaden hinzuweisen, besteht nach § 254 Abs. 2 BGB. nicht. **c)** BayObLG. **14** 650, OLG. **28** 323. Es ist selbstverständlich, daß im Falle mitwirkenden eigenen Verschuldens des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens der § 254 BGB. gegenüber dem § 839 Anwendung findet. **d) RG.** R. **14** Nr. 1543. Schadensminderung nach § 254 Abs. 2 kommt so lange als Pflicht des Geschädigten in Frage, als nicht der Eintritt des Schadens schon völlig beendet ist; eine solche Beendigung tritt beim Verlust eines Grundstücks insolange nicht ein, als dessen Wiedererlangung im Rechtsweg erreichbar ist.

2. Abwägung. **a) RG.** LeipzZ. **14** 1114. Im allgemeinen ist es nicht angängig, das mitwirkende Verschulden des Verletzten gegenüber dem zum Schadensersatze verpflichtenden Verschulden des Urhebers einer unerlaubten Handlung in der Weise abzuwägen, daß das festgestellte Verschulden des Verletzten dem nur unterstellten Verschulden des Ersatzpflichtigen gegenübergestellt wird. Eine zuverlässige Abwägung der Mitschuld des Verletzten erfordert in der Regel eine Feststellung des wirklichen Herganges der dem Schadensanspruche zugrunde liegt und die Unterlage für die Abmessung des Verschuldens oder in Haftpflichtsachen der Betriebsgefahr gegenüber eigenem Verschulden des Beschädigten bildet (vgl. JW. **05** 44 Nr. 8, 490 Nr. 11). Nur in besonderen Fällen, wenn der unterstellte Tatbestand bestimmt genug ist, um eine überzeugende Vergleichung zu ermöglichen, wenn nicht Gewisses mit Unbekanntem verglichen wird, darf von der Feststellung der die Ersatzpflicht und das Verschulden des Ersatzpflichtigen begründenden Tatsachen abgesehen werden (JW. **07** 10 Nr. 10, 477 Nr. 6). **b)** HansGZ. **14** Beibl. 99 (Bremen). Eigenes Verschulden eines 12 jährigen Knaben durch Unvorsichtigkeit ist nicht zu schwer in Anschlag zu bringen.

3. Nichtgeltendmachung von Rechtsbehelfen. **RG.** Gruchots Beitr. **58** 916. Unter Umständen kann in der Nichtgeltendmachung von Rechtsbehelfen gegen die Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar er-

klärten Urteil ein die Schadensersatzpflicht aus § 717 Abs. 2 ZPO. beeinflussendes Mitverschulden des Schuldners gefunden werden.

4. Mitschuld bei Arglist. **RG.** R. **14** Nr. 468, WarnE. **14** 167. Gegenüber arglistigem Verhalten des Schädigers führt die Anwendung des § 254 regelmäßig dazu, daß der Verletzte, dem eine Fahrlässigkeit zur Last fällt, voll zu entschädigen ist (vgl. **RG. 69** 281, JW. **11** 91 Nr. 9).

5. Ablehnung ärztlicher Operation als Mitschuld. Die Entsch. JDR. **12** I 4 b zu § 254 ist abgedr. **RG. 83** 15. Sie wird kritisch besprochen von Zitelmann, ABürgR. **40** 213.

6. Nichtinanspruchnahme der Krankenversicherung als Mitschuld. OLG. **28** 157 (München). Darin, daß der Verletzte die Krankenversicherung nicht in Anspruch nimmt, liegt nicht eine Mitschuld im Sinne des § 254 Abs. 2.

II. Einzelfälle bei außervertraglicher Beschädigung. 1. Beamten- und beamtenähnliche Haftung. a) **RG.** JW. **14** 864 Nr. 4. Der Richter trägt in erster Reihe und hauptsächlich die Verantwortung für die Richtigkeit der Festsetzung des geringsten Gebots. **b)** BayObLG. **14** 650, OLG. **28** 323. Für die Anwendung des § 254 Abs. 2 ist in den Fällen des § 839 nur soweit Raum, als die dem Verletzten zur Last fallende schuldhafte Abwendung des Schadens nicht in der Verabsäumung des Gebrauchs eines Rechtsmittels im Sinne des § 839 Abs. 3 zu suchen ist. Andererseits wird § 254 Abs. 2 namentlich dann anwendbar, wenn der Verletzte sich die Möglichkeit, auf andere Weise Ersatz zu erlangen, dadurch benommen hat, daß er schuldhaft unterließ, wegen des Schadens, dessen Ersatz er von dem Beamten oder dem Staate fordert, die in erster Reihe Ersatzpflichtigen rechtzeitig in Anspruch zu nehmen (**RG. 80** 256). **c) RG.** R. **14** Nr. 469, WarnE. **14** 167. Gegenüber dem Verschulden des Notars bei unrichtiger Beurkundung von Willenserklärungen tritt das Verschulden des Beteiligten, der beim Vorlesen des Protokolls nicht aufmerksam zuhört, ganz zurück. **d) RG.** BayRpflZ. **14** 43, R. **14** Nr. 1542. Mitverschulden des Verletzten liegt nicht vor, wenn der Auftraggeber im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskünfte des Notars die Prüfung der Benachrichtigung des Grundbuchamts unterläßt. **e) RG.** R. **14** Nr. 1546. Gegenüber der Haftung des Vormundes kommt als Einrede auch fahrlässige Prozeßführung des Anwalts des Mündels in Betracht.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1544. Wenn auch der von dem Schutzmanne Verletzte zu dem ganzen Vorfalle Veranlassung gegeben hat, so ist ein Schadensersatzanspruch doch nicht in vollem Umfang ausgeschlossen, wenn das Vorgehen des Schutzmanns zu dem Verhalten des Verletzten in keinem Verhältnisse stand.

3. Feuergefährlichkeit. **a) RG.** R. **14** Nr. 1395. Den Inhaber eines besonders feuergefährlichen Betriebs trifft ein Mitverschulden, wenn er sich ganz auf den verläßt, der ihm gegenüber hinsichtlich der Feuersicherheit Verpflichtungen trägt und sein Personal über den Zustand der Feuerlöscheinrichtungen nicht unterrichtet. **b) RG.** R. **14** Nr. 1396. Ein mit der Einrichtung und Bedienung von Feuerwaffen vertrauter Schlossermeister handelt in einer jeden Schadensersatzanspruch ausschließenden Weise fahrlässig, wenn er einen Vorderlader mit einer glühenden Eisenstange von Papierresten befreien will, ohne sich davon sicher überzeugt zu haben, daß er keine Pulverladung mehr enthält.

4. Verkehrsunfälle. a) Automobilunfälle. **α. RG.** R. **14** Nr. 1967. Wird ein auf der Mitte der Landstraße gehender Fußgänger im Dunkeln von einem Automobil überfahren, so kann ein eigenes Verschulden des Verletzten nicht ohne weiteres daraus hergeleitet werden, daß er keine Laterne bei sich trug. **β. RG.** R. **14** Nr. 2233. Der Lenker eines ortsfremden Kraftwagens

ist nicht verpflichtet, Ausschreibungen in Lokalblättern über Straßenbauten zu kennen. b) Eisenbahnunfälle. α. RG. JW. 14 45 Nr. 13. Grundsätzlich kann es nicht ausgeschlossen erscheinen, auch in dem Falle, daß dem Verunglückten die die Betriebsgefahr erhöhenden Umstände nicht nur erkennbar, sondern auch bekannt waren, ihm einen Teil des erlittenen Schadens zuzuerkennen. β. EisenbE. 30 287 (ObÖstG.). Die Tatsache, daß jemand im Hinblick auf die offenen Bahnschranken, ohne sich vorher umzusehen, über das Gleise geht, begründet an sich noch kein Mitverschulden. c) Straßenunfälle. α. Fuhrwerke. αα. RG. R. 14 Nr. 1078. WarnE. 14 157. Statt die Pferde, die noch nicht bahnfromm waren, zurückzuhalten, hat der Kläger sie durch, wenn auch leichte, Peitschenhiebe zum Weiterfahren angetrieben. War der Kläger nicht sicher, die widerwilligen Pferde zu meistern, so handelte er, als er sie noch näher an die rangierende Lokomotive herantrieb und sie so noch mehr der Betriebsgefahr aussetzte, geradezu auf eigene Verantwortung, so daß der Mißerfolg, die Pferde vorwärts zu bringen, zunächst ihm selber zur Last fällt. ββ. RG. EisenbE. 30 344. Der Fuhrwerksbesitzer, dessen neu angeschafftes Pferd sich unterwegs mehrfach als störrisch gezeigt hat, handelt fahrlässig, wenn er bei Herannahen eines Straßenbahnwagens nicht absteigt und das Pferd am Kopfe faßt. γγ. RG. JW. 14 589 Nr. 5. Darin, daß der Verletzte als Mitfahrer auf die ihm bekannte Wegegefahr nicht aufmerksam gemacht hat, kann ein mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254 liegen. β. Fußgänger. αα. RG. EisenbE. 30 347. Der mit den großstädtischen Einrichtungen vertraute Fußgänger handelt fahrlässig, wenn er, um einem vorbeifahrenden Kraftwagen auszuweichen, mehrere Schritte zurücktritt, ohne den Straßenbetrieb in seinem Rücken zu beachten. ββ. ElsLothJZ. 14 348 (Colmar). Die Benutzung des Fahrdamms statt des Gehwegs ist dem Fußgänger nicht ohne weiteres als Verschulden anzurechnen. γγ. RG. R. 14 Nr. 2235. Wer wissentlich und leichtfertig im Dunkeln einen als gesperrt erkennbaren Weg einschlägt, hat selbst die Folgen der Gefahr zu tragen, auch wenn er nicht gerade die Art der Gefahr, die ihm droht, voraussehen konnte. δδ. RG. R. 14 Nr. 1660. Wenn ein Sturm von solcher Stärke herrscht, daß mit dem Entwurzeln von Bäumen und dem Herabfallen von starken Ästen zu rechnen ist, so kann darin, daß der Verunglückte ohne dringlichen Grund einen mit Bäumen bestandenen Weg wählt, anstatt einen kurzen gefahrlosen Umweg zu machen, ein Verschulden gefunden werden, und zwar auch dann, wenn er die Morschheit der Bäume nicht kannte.

5. RG. R. 14 Nr. 2236. Wenn ein Bauunternehmer eine mit gelöschtem Kalk gefüllte Grube dicht an einer öffentlichen Straße nachts unverwahrt läßt, so trifft ihn ein so großes Verschulden, daß demgegenüber das eigene Verschulden des etwas angeheiterten Verletzten gänzlich zurücktritt.

6. RG. HessRspr. 14 353. Ob ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten vorliegt, wenn der Besitzer eines Hundes in den Kampf zweier Hunde eingreift, um sein Tier zu retten, hängt von den Umständen des Falles ab.

7. RG. R. 14 Nr. 2979. Wird ein Stallmann beim Vorführen eines Pferdes in dem neben der Eisenbahn liegenden Hofe von dem durch einen vorüberfahrenden Zug scheu gewordenen Pferde verletzt, so trifft ihn nicht schon deshalb ein eigenes Verschulden, weil er sich nicht nach dem Eintreffen des Zuges erkundigt und das Vorführen solange aufgeschoben hat.

8. Unfälle in geschlossenen Räumen. a) BadRpr. 14 44 (Karlsruhe). Wer in einem fremden, wenn auch dem Verkehre geöffneten Hause einen dunklen Raum betritt, muß mit der Möglichkeit einer Gefahr rechnen. Der Verletzte hätte deshalb, wenn er mit dem vorhandenen elektrischen Lichte nicht umzugehen wußte, oder den Einschalter nicht fand, entweder ein Streichholz an-

zünden, oder von der Benutzung der fraglichen Aborträume absehen müssen, zumal in der vorderen Wirtschaft noch andere Aborträume vorhanden waren. Dadurch, daß er dies unterließ, hat er seinen Unfall mitverschuldet. **b)** ThürBl. **61** 14 (Jena). Mitwirkendes Verschulden des Verletzten liegt vor, wenn er die schwere Windfangtür zum Postschalterraume nicht am Griffe, sondern an der Kante anfaßt und dabei den Finger quetscht.

9. **RG.** R. **14** Nr. 2977. Es stellt ein erhebliches eigenes Verschulden dar, wenn ein Verlobter nach dem grundlosen Verlöbnisbruche des anderen Teiles nichts mehr tat, um die in Erwartung der Ehe aufgegebene Stellung wiederzuerlangen, obwohl dafür Aussicht bestand.

III. Einzelfälle bei Vertragsverhältnissen. 1. **RG.** JW. **14** 72 Nr. 2. Eine Verpflichtung, bei sinkender Konjunktur zum Deckungsverkaufe zu schreiten, ist bei Verzug des Käufers für den Verkäufer erst gegeben, nachdem er den Anspruch auf Erfüllung aufgegeben und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt hat.

2. **RG.** R. **14** Nr. 180. In der Annahme der Kündigung und Steigerung nach § 57 ZVG. ohne Beschreitung des Prozeßwegs liegt gegenüber dem ersatzpflichtigen früheren Vermieter kein Mitverschulden, wenn die Erhöhung nicht übermäßig ist und der Mieter kostspielige Einbauten gemacht hat.

3. SeuffA. **69** 135 Nr. 75 (Kiel). § 254 gilt auch für den Fall des § 701. Den Reisenden trifft ein erhebliches Mitverschulden am Gepäckverluste, wenn er dem Angestellten eines Wirtes mehrere wertvolle Koffer zum Aufgeben übergibt und nicht noch selbst das Gepäck mitüberwacht, obwohl er sich sagen muß, daß der Angestellte nicht allen Stücken gleichzeitig volle Aufmerksamkeit zuwenden kann.

4. Goebel, R. **14** 102. Gegenüber dem Lohnanspruche des ohne rechtfertigenden Grund entlassenen Angestellten ist die Anwendung des § 254 BGB. ausgeschlossen.

5. **RG.** R. **14** Nr. 749. Eine Krankenkasse, die ihre Rechnungs- und Kassengeschäfte durch Dienstvertrag einer Behörde übertragen hat, kann von dieser nicht Ersatz wegen unrichtiger Erhebung der Beiträge verlangen, wenn sie selbst vorher jahrelang die Beiträge in gleicher Weise erhoben hat.

6. a) **RG.** EisenbE. **30** 352. Bei Beantwortung der Frage, ob den Straßenbahnfahrgast, der mit Gepäckstücken auf der Vorderplattform aufgestiegen ist, ein eigenes Verschulden wegen nicht genügenden Sichfesthaltens trifft, ist auf die Länge der Zeit zwischen dem Aufsteigen und dem Sturze und die begleitenden Umstände Rücksicht zu nehmen. **b) RG.** EisenbE. **30** 352. Das Verschulden eines Fahrgastes, der in irriger Annahme des Vorhandenseins einer Haltestelle und in ungeeigneter Weise absteigt, mindert sich, wenn der Schaffner verhindert ist, das Absteigen zu überwachen. **c)** R. **14** Nr. 1545 (Stuttgart). § 254 gilt auch im Eisenbahnfrachtverkehr im Verhältnisse zwischen dem Absender des Gutes, der die Verladung durch seine Leute hat besorgen lassen, wenn diese wissentlich einen ungeeigneten Eisenbahnwagen benutzt hatten, und der Bahn, die den ungeeigneten Wagen gestellt hatte.

7. **RG.** R. **14** Nr. 467. Hat ein Gesellschafter durch die Handlung eines Dritten Schaden erlitten, so kann ihm nicht entgegengehalten werden, daß er den Schaden durch Beitritt zur Gesellschaft mitverschuldet habe.

IV. Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens. 1. Geltendmachung. **RG.** R. **14** Nr. 179. Zur Geltendmachung des Einwandes aus § 254 Abs. 2 ist genügend, aber auch erforderlich, daß der Beklagte die Tatsachen vorbringt, woraus sich die Gefahr eines unvermutet großen Schadens ergab.

2. Nachweis. **a) RG.** JW. **14** 477 Nr. 20. Wenn die Sachlage so ist, daß nach ihr der Unfall durch ein Verhalten des Verletzten verursacht wurde, das eine

schuldhafte Außerachtlassung der durch die Umstände gebotenen Vorsicht enthält, so bedarf es hierfür keines weiteren Beweises, es ist vielmehr Sache des Verletzten, Umstände darzutun, die sein Verhalten entschuldigen. **b)** **RG.** R. **14** Nr. 2847. Hat der durch Verlust einer Erwerbsgelegenheit Geschädigte dargetan, daß er sich vergeblich bemüht habe, eine andere Erwerbsgelegenheit gleicher Art zu finden, so kann der Ersatzpflichtige zur Begründung eines Mitverschuldens nicht mit der Behauptung gehört werden, es habe die abstrakte Möglichkeit einer solchen anderweiten Erwerbsgelegenheit bestanden.

§ 259. 1. OLG. **28** 57 (Breslau). § 259 Abs. 1 bezieht sich nicht nur auf die Fälle der Rechnungslegung über eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung, sondern auf alle Fälle der Rechnungslegung über die mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Besorgung fremder Angelegenheiten (Prot. II 783).

2. OLG. **28** 57 Anm. 1 (Celle). Der § 259 greift nur Platz, wenn sich aus dem Rechtsverhältnisse der Parteien nicht eine andere Art der Rechenschaftsablegung ergibt. Er ist also nicht anzuwenden auf Gemeindekassenrendanten, die ihre Rechenschaft dadurch ablegen, daß sie den für sie bestehenden Dienstvorschriften gemäß Bücher und Listen führen.

3. OLG. **28** 95 (KG.). Da der Offenbarungseid die Erteilung einer Auskunft voraussetzt, kann die Verurteilung zur Auskunftserteilung nicht von der Leistung des Offenbarungseids abhängig gemacht werden.

§ 260. 1. **RG. 84** 41, JW. **14** 348 Nr. 2, LeipzZ. **14** 753, R. **14** Nr. 470. Hat der zur Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses Verpflichtete einen bestimmten Vermögensteil gänzlich ausgelassen, so kann er unter Feststellung der Zugehörigkeit dieses Teiles zum Vermögen wiederholt zur Auskunfterteilung angehalten werden.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 441, BayRpflZ. **14** 44. Vortäuschung von Ausgaben führt zur unvollständigen Bestandsangabe. Die Richtigkeit der Auskunft über die Ausgaben kann deshalb in die Eidesnorm aufgenommen werden.

3. OLG. **28** 59 (Marienwerder). Auf den Anfechtungskläger (§ 9 AnfG.) findet § 260 auch nicht entsprechende Anwendung.

§ 267. 1. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 41 ff. § 267 BGB. enthält einen gesetzlich geregelten Fall einer Verfügung zugunsten Dritter (vgl. bei § 328 Ziff. 1).

2. PosMSchr. **13** 134 (Posen). Die Anwendbarkeit des § 267 ist ausgeschlossen, wenn der Dritte nicht zum Zwecke der Tilgung der Schuld, sondern zwecks Erwerbes der Forderung leistet.

3. OLG. **28** 318 (Breslau). Geldstrafen hat ihrer Natur nach der Schuldner persönlich zu entrichten; bei ihm ist § 267 unanwendbar. Die tatsächlich durch einen Dritten erfolgte Bezahlung einer Geldstrafe könnte den Schuldner höchstens dann befreien, wenn sowohl der Zahlende als auch die Vollstreckungsbehörde darüber einig sind, daß damit die dem Schuldner auferlegte Geldstrafe getilgt sein soll.

4. **RG. 83** 390. Die allgemeine Regel des § 267 Abs. 2 muß der Sonderbestimmung des § 1249 BGB. gegenüber weichen.

§ 268. 1. **RG.** JW. **14** 916 Nr. 3. Der Satz nemo subrogat contra se muß in dem Falle versagen, wo der wegen der einen Forderung befriedigte Gläubiger noch andere Forderungen an denselben Schuldner hat, die auf ganz anderen Rechtsverhältnissen beruhen.

2. Die Entsch. JDR. **12** 2 ist jetzt auch abgedr. **RG. 82** 133. Sie trifft nach **RG.** GruchotsBeitr. **58** 426 auch dann zu, wenn die mehreren Hypotheken für eine einheitliche Forderung bestellt sind.

3. OLG. **29** 366 (Frankfurt). Der Übergang der Forderung auf den Dritten vollzieht sich kraft Gesetzes ohne Rücksicht auf den Willen des Dritten (vgl. **RG. 70** 409).

4. OLG. **28** 60 (BayObLG.). Ein schuldrechtlicher Anspruch gewährt kein Ablösungsrecht.

§ 269. 1. OLG. **28** 60 (Hamburg). § 269 BGB. gilt auch für Ansprüche auf Unterlassung.

2. OLG. **28** 61 (Zweibrücken). Der im Katalog angegebene Leistungsort gilt als „bestimmt", wenn der Vertrag zu den Bedingungen des Katalogs abgeschlossen ist.

3. HessRspr. **14** 114 (Darmstadt). Der im Kostenanschlag angegebene Leistungsort gilt als vereinbart, wenn nach Übersendung des Kostenanschlags abgeschlossen ist.

4. MecklZ. **32** 271 (Rostock). Die Vereinbarung, daß die Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug bei Lieferung der Ware erfolgen solle, enthält nicht ohne weiteres eine Änderung des gesetzlichen Erfüllungsorts.

§ 270. Josef, Der Einfluß der kassatorischen Klausel auf den Leistungsort, KGBl. **14** 32. Nach § 270 Abs. 1 BGB. würde an und für sich der Wohnsitz des Gläubigers der Leistungsort sein. Da aber nach der positiv-rechtlichen Fiktion des Abs. 4 verbunden mit § 269 dennoch der Wohnsitz des Schuldners Leistungsort ist, so ist die Aufgabe der Geldsendung zur Post als der Akt der Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufzufassen. Der Schuldner genügt folglich bei Distanz- wie bei Platzgeschäften seiner Leistungspflicht, wenn er das Geld noch am Fälligkeitstag oder vor Ablauf der etwaigen Frist bei der Post einzahlt. Die Leistung ist dann, wofern das Geld überhaupt an den Gläubiger gelangt, rechtzeitig geschehen. Die Aufgabe des Geldes zur Post kann nicht bloß beim Postamte des Wohnsitzes des Schuldners (bei Grundschulden am Sitze des Grundbuchamts), sondern bei jedem Postamt erfolgen, von dem es ebenso zeitig zum Gläubiger gelangt. — Das gleiche gilt auch bei Verpflichtungen, die unter der kassatorischen Klausel übernommen sind, also z. B. wenn der Schuldner Teilzahlungen auf das Kapital und Zinszahlungen mit der Maßgabe verspricht, daß bei unpünktlicher Zahlung sofort das Kapital fällig oder kündbar sein oder ein Vergleich als nicht geschlossen gelten soll. Denn gerade in diesen Fällen ist die Frage, ob das Geld dem Gläubiger einen ganz kurzen Zeitraum früher oder später ausgezahlt wird, von untergeordneter Bedeutung gegenüber dem Bestreben des Gläubigers, überhaupt zu seinem Gelde zu kommen. Wenn in diesen Fällen die Absicht der Parteien dahin geht, daß das Geld an den Fälligkeitstagen oder bei Ablauf der Frist bereits in den Händen des Gläubigers sein, die Verbindlichkeit des Schuldners also durch bloße Absendung noch nicht erfüllt sein soll, so bringen sie das zum besonderen Ausdrucke. Auch die Abrede, daß die Zahlungen pünktlich erfolgen müssen, beweist für eine Änderung des Leistungsorts nichts, deutet vielmehr auf die Verpflichtung zu pünktlicher Absendung hin. Übrigens kann eine vereinzelte und unbedeutende Verzögerung der Zahlung nicht schlechthin als Verletzung der Verpflichtung zu pünktlicher Zahlung gelten.

§ 271. OLG. **28** 90 (Naumburg). Bei verzinslichen Hypotheken von erheblicher Höhe wird oft das Interesse des Gläubigers an dauernder Anlage seines Geldes den „Zweifel" von vornherein ausschließen.

§ 273. Literatur: Bovensiepen, Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen, insonderheit Lohnforderungen vom Standpunkte der Lehre des richtigen Rechtes betrachtet, ZfRechtsphilos. **1** 201. — Lesser, Hat der Vorleistungspflichtige bei Erfüllungsweigerung des Nachleistungspflichtigen ein Zurückbehaltungsrecht? JW. **14** 508.

I. Allgemeines. 1. Begriff „dasselbe rechtliche Verhältnis". **RG.** GruchotsBeitr. **58** 432. Die Bestimmung des § 273 verlangt nur ein einheitliches tatsächliches Verhältnis und einen inneren Zusammenhang der gegenseitigen Forderungen, nicht eine rechtliche Einheit.

2. Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts aus dem Gesichtspunkte des Sicherungszwecks. **RG.** LeipzZ. **14** 374 Nr. 4.

Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Schuldner wegen seiner fälligen Ansprüche gegen den Gläubiger aus einem anderen Rechtsgeschäfte, das mit demjenigen, aus dem er jetzt in Anspruch genommen wird, in wirtschaftlichem Zusammenhange steht, dann nicht zu, wenn er wegen seiner Ansprüche aus dem anderen Rechtsgeschäfte durch Kautionen, Einbehaltung von Zahlungen oder in anderer Weise voll gedeckt ist, so daß es einer weiteren Sicherung wegen jener Ansprüche nicht bedarf.

3. Begründung durch Vertrag. SächsOLG. **35** 123. Durch Vertrag kann an einem Sparkassenbuch ein schuldrechtliches Zurückbehaltungsrecht begründet werden.

II. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen. 1. Die Entscheidung JDR. **12** II ist auch abgedr. **RG. 83** 138.

2. **RG.** JW. **14** 917 Nr. 4, R. **14** Nr. 2410. In den Fällen, in denen die Aufrechnung mit einer Gegenforderung durch § 394 BGB. verboten ist, ist auch die Zurückbehaltungseinrede unzulässig (unter Aufhebung von OLG. **28** 238 [Hamburg]). — Ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **58** 926.

3. OLG. **28** 62 (Cassel). Wenn die Aufrechnung unzulässig ist, findet auch die Zurückbehaltung nicht statt, sofern sie wirtschaftlich zu demselben Ergebnisse führen würde wie die Aufrechnung.

4. Ebenso Bovensiepen aaO.

5. OLG. **28** 161 (Hamburg). Nach der besonderen Lage des Falles ist die Zurückbehaltung trotz Verbots der Aufrechnung für zulässig erklärt worden.

6. OLG. **28** 61 (Naumburg). Die Anwendung des § 273 ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Aufrechnung nicht zulässig ist.

7. Goldbaum, Rechte und Pflichten des Schauspielers. Verpfändbarer Lohn kann zurückbehalten werden (41).

III. **RG.** R. **14** Nr. 320. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts kann auch gegenüber dem Anspruch auf Grundbuchberichtigung geltend gemacht werden.

IV. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 924, R. **14** Nr. 2238, 2396. Das Zurückbehaltungsrecht kann wegen des Anspruchs auf Erstattung von Prozeßkosten gegenüber einem Anspruch ausgeübt werden, der auf demselben Rechtsverhältnisse beruht, aus dem der Vorprozeß erwachsen ist.

V. Über das Zurückbehaltungsrecht wegen verjährter Forderungen s. zu § 390.

VI. Unzulässigkeit aus grundsätzlichen Erwägungen. 1. DJZ. **14** 447 (Jena). Unzulässig ist sowohl a) die Zurückbehaltung eines Kindes bis zur Erfüllung eines vermögensrechtlichen Anspruchs, als auch b) die Zurückbehaltung vermögensrechtlicher Leistungen zur Erzwingung der Kindesherausgabe durch den Gläubiger.

2. OLG. **28** 61 (Naumburg). Gegenüber einem Rentenanspruch aus § 844 Abs. 2 BGB. ist die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen einer Prozeßkostenforderung mit Rücksicht auf den wirtschaftlichen Zweck der Rente nicht zulässig.

3. OLG. **28** 386 (Hamburg). Dem Kommittenten steht ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Ansprüche aus früherer Geschäftsverbindung nicht zu. Diese Zurückbehaltung würde dem innersten Wesen des Kommissionsvertrags widersprechen. Es ergibt sich also aus dem Schuldverhältnis „ein anderes" (§ 273 Abs. 1 Zwischensatz).

VII. Weitere Einzelfälle. 1. Lesser. Erklärt der Nachleistungspflichtige vor Bewirkung der Vorleistung, er werde seinerseits nicht leisten, so hat der Vorleistungspflichtige gemäß § 249 BGB. einen Anspruch auf Anerkennung der Leistungspflicht und wegen dieses Gegenanspruchs das Recht, die Vorleistung mit der Wirkung des § 274 BGB. bis zur Abgabe des Anerkenntnisses zu verweigern.

2. OLG. **29** 343 (Hamburg). Es würde wider Treu und Glauben verstoßen

haben, wenn X. nach der Ausübung des Rücktrittsrechts von der Beklagten die Rückgabe der Schienen verlangt und sich nicht zugleich zum Ersatze der Frachtauslagen bereitgefunden hätte. Das genügt aber zur Annahme der Einheitlichkeit des rechtlichen Verhältnisses im Sinne des § 273 Abs. 1.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 432. Der Darlehnsgeber braucht die ihm zur Sicherung übereignete Sache nur nach Rückzahlung des Darlehns herauszugeben. Der Darlehnsnehmer ist vorleistungspflichtig.

4. **RG.** R. **14** Nr. 1081. Hat der Geldgeber für seine Ansprüche aus dem Wechselverkehr eine Sicherungshypothek, so kann er ein Zurückbehaltungsrecht an dem Aktivsaldo eines Separatkontos des Kunden, das von vornherein für andere Gläubiger angelegt war, nicht ausüben.

5. SächsOLG. **35** 130. Der Bankier kann ein Zurückbehaltungsrecht an den in einem Schrankfache verwahrten Wertpapieren und wegen der aus der Überlassung des Schrankfachs entstandenen Forderungen geltend machen.

6. **RG.** R. **14** Nr. 2624. Ein vertragsmäßiger Auflassungsanspruch steht nicht in rechtlichem Zusammenhange mit dem Anspruch auf Beseitigung einer Eigentumsstörung durch Vorflutänderung.

VIII. Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts. **RG.** JW. **14** 188 Nr. 3, WarnE. **14** 58, R. **14** Nr. 321. Hat der Beklagte wegen eines nicht liquiden Gegenanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, so ist es Sache des Beklagten, nicht des Klägers, den Gegenanspruch liquide zu stellen. Nur in diesem Falle kann Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erfolgen. Anderenfalls ist nach dem sonst begründeten Klagantrage zu verurteilen.

§ 274. **RG.** R. **14** Nr. 322. Die Entscheidung über die Gegenforderung ist der Rechtskraft nicht fähig.

§ 275. I. R. **14** Nr. 1661 (Hamburg). Wenn auch die Ernte an Gemüsen und besonders an Perlbohnen im Jahre 1911 infolge anhaltender Dürre besonders ungünstig gewesen ist, so genügt das doch nicht, den Lieferanten durch objektive Unmöglichkeit von seiner Lieferungspflicht für befreit zu erklären (s. auch §§ 279, 325).

II. ElsLothJZ. **14** 514 (Colmar). Eine unverschuldete Unmöglichkeit zur Erfüllung der Verpflichtung, im Falle der Abtretung der Wirtschaft auch dem Nachfolger die Bierbezugspflicht aufzuerlegen, im Sinne von § 275 BGB. ist dann nicht gegeben, wenn der Darlehnsnehmer wegen selbstverschuldeter Krankheit die Wirtschaft verkauft und der Käufer sich weigert, in die Bierbezugsverpflichtung einzutreten. In diesem Falle kann die Brauerei auf Erfüllung klagen, aber auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, wenn die Voraussetzungen des § 286 oder des § 326 BGB. hierzu gegeben sind. An Stelle der Leistungsklage auf Schadensersatz kann aber auch auf Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz geklagt werden, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen.

III. Kriegsrecht (vgl. auch §§ 279, 281, 325). 1. *Saenger, Der Einfluß des Krieges auf abgeschlossene Lieferungsverträge, HoldheimsMSchr. **14** 213—221. Jeder nachträglich auf die schuldnerische Leistungspflicht einwirkende Umstand ist darauf zu prüfen, ob er eine Haftung des Schuldners auslöst oder nicht. Vom Schuldner muß gefordert werden, daß er auch bei wesentlich veränderten Verhältnissen alle Kräfte anstrengt, um die eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen, mindestens aber den Gläubiger — bei Meidung der Schadensersatzpflicht — nicht länger als unbedingt nötig im unklaren darüber läßt, ob er auf Erfüllung rechnen kann. Außergewöhnliche Anstrengungen und Aufwendungen sind dem Schuldner nicht zuzumuten, die Leistungspflicht vielmehr der Leistungsfähigkeit anzupassen. Dies gilt auch bei Gattungsschulden mit Ausnahme der Geldschuld, insbesondere da, wo die Erschwerung der Leistung ihren

Grund in persönlichen Verhältnissen des Schuldners, nicht in der Art des Leistungsgegenstandes hat. Schuldlose Nichterfüllung einer Teilleistung bei Sukzessivlieferungsverträgen berechtigt den Gläubiger nur dann zum Rücktritte vom ganzen Vertrage, falls er ein ganz besonderes Interesse an sofortiger Klarstellung der künftigen Leistungsfähigkeit des Schuldners hat. Auch die sog. Kriegsklausel befreit nur denjenigen Schuldner, dessen Leistung tatsächlich unmöglich geworden oder mindestens unbillig erschwert ist.

2. Mansfeld, Einfluß des Krieges auf Rechte und Verbindlichkeiten des bürgerlichen Rechtes, BayRpflZ. **14** 349, erörtert den Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung als Kriegsfolge auf den einzelnen Gebieten des Schuldrechts.

3. Hueck, Einfluß des Krieges auf schwebende Lieferungsverträge, DJZ. **14** 1168. Bei Kaufverträgen über Gattungssachen hat der Verkäufer zu liefern, solange die Lieferung aus der Gattung möglich ist und ihm die Lieferung billigerweise noch zugemutet werden kann. Preiserhöhungen entbinden nicht von der Lieferungspflicht.

4. Neukamp, Der Einfluß des Krieges auf die Lieferungsverträge, LeipzZ. **14** 1825. a) Der verkaufende Fabrikant (im Gegensatze zum Händler) wird frei, wenn er seine Fabrik infolge des Krieges schließen muß. Er hat entsprechend weniger zu liefern, vgl. **RG. 84** 125 (s. u. zu § 279), wenn er infolge des Krieges weniger herstellen konnte. b) Hat der Verkäufer an das Ausland verkauft, so wirkt ein Ausfuhrverbot Unmöglichkeit, desgl. ein für den Käufer nach seinem Rechte geltendes Zahlungsverbot (§ 323 BGB.).

5. Staadecker, JW. **14** 848. Die Kriegsklausel, d. h. die Bestimmung, daß der Krieg ohne weiteres von der Vertragserfüllung entbindet, ist gültig. Die Berufung auf die Kriegsklausel ist jedoch unbeachtlich, wenn der Abnehmer beweist, daß der Lieferant von ihr einen illoyalen Gebrauch macht. — Der Abnehmer hat auch das Recht, gegen Zahlung eines der veränderten Sachlage entsprechenden Preiszuschlages die Kriegsklausel auszuschalten.

6. aM. Reiche, JW. **14** 903. Die Kriegsklausel ist eine rechtsgültige (und unabwendbare) auflösende Bedingung (ebenso Löwenstein, JW. **14** 948).

7. Reigers, JW. **14** 950, tritt Reiche gleichfalls bei, hebt jedoch hervor, daß nach der Lage des Einzelfalls die Kriegsklausel nichtig sein könne, auch jedesmal der Inhalt der Kriegsklausel geprüft werden müsse; so lasse z. B. die Klausel, Krieg gelte als höhere Gewalt, dem Abnehmer den Gegenbeweis offen, daß eine Lieferungsverhinderung nicht vorliege. Auch Düringer, LeipzZ. **15** 9, verlangt Prüfung des Einzelfalls.

§ 276. Literatur: Delius, Haftung für Verkehrssicherheit, DJZ. **14** 206. — Gundlach, Über Schadenshaftung, das. 476. — Leo, Wirkung der vorbehaltlosen Zustimmung eines absonderungsberechtigten Gläubigers zu einem Zwangsvergleiche; zugleich ein Beitrag zur Frage der Anwaltshaftung, JW. **14** 569. — Oertmann, Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, insbesondere für Verschulden des Bestellers beim Abschlusse des Werkvertrags, LeipzZ. **14** 513 ff.

I. Geltungsgebiet. 1. **RG. 84** 146. Anwendbarkeit des § 276 für den Geltungsbereich des Kunstschutzgesetzes.

2. Goldbaum, Theaterrecht 139. „Ein anderes" ist bestimmt im § 437 BGB.

II. Begriff des Verschuldens. **RG.** WarnE. **14** 202, R. **14** Nr. 2243. Der Umstand, daß das Verhalten einem noch nicht rechtskräftigen Urteil entspricht, schließt die Annahme eines Verschuldens nicht aus.

III. Dolus eventualis. **RG** JW. **14** 678 Nr. 7. Eventualdolus liegt nur dann vor, wenn der Täter mit dem als möglich erkannten Erfolge seiner Handlung einverstanden ist, wenn er diesen Erfolg billigt, nicht aber schon dann, wenn er eine Gefahr vorsätzlich und bewußt herbeiführt.

IV. Einzelheiten. 1. Verschulden beim Vertragsschluß. Oertmann. Das Verschulden beim Vertragsschlusse begründet in der Regel für sich allein einen Anspruch nur auf das negative, nicht auch auf das positive Interesse.

2. Sorgfaltspflicht des Arztes. a) HansGZ. **14** Beibl. 41 (Hamburg). Der Arzt braucht den Patienten nicht auf alle möglichen Folgen aufmerksam zu machen, die infolge der Operation möglicherweise entstehen können, ihm auch nicht über die Gefährlichkeit des Leidens selbst, wegen dessen er die Operation anrät, ganz ins einzelne Aufklärungen zu geben. Aber er muß sich andererseits wenigstens im allgemeinen seines Einverständnisses zuvor versichern und darf ihn nicht über wesentliche Umstände im unklaren lassen. Im wesentlichen aufrechterhalten vom **RG.** das. 69, R. **14** Nr. 16. **b)** **RG. 83** 71 hat in der JDR. **12** § 611 II 1 mitgeteilten Entscheidung (ohne Aufstellung neuer Rechtsgrundsätze) angenommen, daß in dem Zurücklassen eines Fremdkörpers (Tampon) in einer Operationswunde ein Verschulden liege. Gegen diese Entscheidung wenden sich Martin und Kohler, MedWSchr. **15** 137, 138; gegen diese Ausführungen wieder richten sich die Bemerkungen von Ebermayer, das. 139.

3. Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts. a) **RG.** JW. **14** 77 Nr. 9, ZBlFG. **15** 310, R. **14** Nr. 181. Erklärt ein Anwalt im Zwangsvergleichstermine den Verzicht auf den Forderungsrest gegen sofortigen Empfang der Quote, so haftet er dem Auftraggeber für dessen Schädigung durch Erlöschen der dinglichen Sicherung des Restes. **b)** Hiergegen wendet sich *Leo, JW. **14** 573 ff. Es würden zu weitgehende Anforderungen an die Sorgfalt des Anwalts gestellt, auch sei nicht genügend berücksichtigt, daß ein Anwalt auch bei sorgfältigster Behandlung einer Angelegenheit unter Umständen nicht an die Möglichkeit irgendwelcher bestimmten Erwägungen und Schlußfolgerungen denken werde, die später von dem erkennenden Gerichte für richtig befunden würden. **c)** **RG.** JW. **14** 468 Nr. 8, R. **14** Nr. 1663. Der Prozeßbevollmächtigte handelt mangels besonderer Umstände nicht fahrlässig, wenn er bei der Veranlassung der Zustellung der ihm mitgeteilten „Flucht" des Schuldners die im Interesse der Rechtssicherheit nicht liegende Bedeutung einer Wohnungsaufgabe, die die Ersatzzustellung ausschließen würde, nicht beimißt. **d)** **RG.** JW. **14** 72 Nr. 3, WarnE. **14** 62. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Rechtsanwalt durch Nichteinlegung der Berufung fahrlässig handelt, kommt es nicht darauf an, wie sich nach der Anschauung des Richters die Dinge entwickelt haben würden, sondern darauf, ob der Rechtsanwalt den voraussichtlichen Verlauf gleichfalls so beurteilen mußte, oder ob er ihn von seinem Standpunkt aus auch anders und so, wie er tat, ohne Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beurteilen durfte.

4. Sorgfaltspflicht des Notars. **RG.** R. **14** Nr. 2397. Ist ein Notar beauftragt, eine für den Grundbuchverkehr bestimmte Urkunde zu entwerfen und alsdann die vor ihm vorzunehmende Unterzeichnung der Urkunde zu beglaubigen, so handelt er fahrlässig, wenn er nicht die von seinem Angestellten in seinem Auftrag entworfene Urkunde vor der Beglaubigung der Unterschrift einer Prüfung unterzieht und dabei auch etwaige Unterlagen einsieht.

5. Sorgfaltspflicht im Eisenbahn- und Schiffsverkehr. **a)** EisenbE. **30** 293 (Königsberg). Ein Eisenbahnbeamter, der das Frachtbriefduplikat mit einer anderen Nummer versieht als den Frachtbrief selbst, begeht eine grobe Fahrlässigkeit. **b)** **RG.** R. **14** Nr. 2849. Beim Eisenbahnbeförderungsvertrage gehört es zu den Vertragspflichten des Eisenbahnunternehmers, wenigstens in den Fernzügen für Heizung der Wagen in ausreichendem Maße zu sorgen und schlafende Reisende auf ein starkes Sinken der Temperatur aufmerksam zu machen, um ihnen Gelegenheit zu geben, sich einer gesundheitsschädlichen Ein-

wirkung zu entziehen. c) SchlHolstAnz. **14** 91 (Kiel). Nach dem Transportvertrag ist die Schiffahrtsgesellschaft verpflichtet, auf dem Dampfer, den sie zu diesem Transporte benutzt hat, die für die Sicherheit der Reisenden erforderlichen Sicherheitsvorrichtungen zu treffen. Zu diesen gehört auch eine Vorrichtung, die die Reisenden beim Berühren des Dampfers mit Prellpfählen schützt. Sie handelt fahrlässig, wenn sie einen Dampfer benutzt, auf dem sich eine hierzu nicht ausreichende Einrichtung befindet, und macht sich schadensersatzpflichtig, wenn infolge der Mangelhaftigkeit dieser Einrichtung der Reisende verletzt wird.

6. Sorgfaltspflicht des Unternehmers. **RG.** R. **14** Nr. 1249. Ist ein Unternehmer als Mitglied eines Arbeitgeberverbandes zur Aussperrung seiner Arbeiter verpflichtet und dadurch verhindert, ein übernommenes Werk fristgemäß fertigzustellen, so handelt er dem Besteller gegenüber schuldhaft, wenn er das Anerbieten des Bestellers, ihn die Arbeiten unter eigener Regie fortführen zu lassen, ablehnt.

7. Sorgfaltspflicht bei Beaufsichtigung von Kindern. **RG.** JW. **14** 1037 Nr. **2**, R. **14** Nr. 2980. Es ist unter allen Umständen eine Fahrlässigkeit, wenn jemand kleine Kinder unbeaufsichtigt in die Nähe gefährlicher Gegenstände, z. B. eines geschliffenen Beiles, kommen läßt.

8. Sorgfaltspflicht bei Vorführung von Dressuren. **RG.** R. **14** Nr. 1665. Bei Vorführung von Raubtierdressuren müssen die Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt notwendigerweise hochgespannt werden.

9. Sorgfaltspflicht der Deichinteressentschaft. SchlHolst. Anz. **14** 194 (Kiel). Betrifft die Haftung einer Deichinteressentschaft für die Beaufsichtigung des Viehes auf den von ihr verpachteten Außendeichsländereien auf Grund besonderer im Pachtvertrag übernommener Verpflichtung und den Umfang dieser Beaufsichtigungspflicht namentlich bei Hochwassergefahr. Der von der Interessentschaft angenommene Hirte haftet auch bei schuldhafter Vernachlässigung seiner Pflichten den Pächtern nicht für den Schaden.

10. Haftung der Flieger und Luftschiffer. a) Neuberger, RuW. **14** 182, hält ein Sondergesetz über die Haftpflicht der Luftfahrer nicht für geboten; gegen ihn Reichel, das. 185. b) Andreae, JW. **14** 275, Tauber, das. 277. Zur Haftpflicht des Luftfahrers im Entwurf eines Luftverkehrsgesetzes. c) SchlHolstAnz. **14** 49 (Kiel). Der Luftschiffer haftet nur für Verschulden. Der Grundsatz der Gefährdungshaftung gilt für ihn nicht. d) **RG.** WarnE. **14** 194, R. **14** Nr. 2240, 2241. Maß der von Fliegern zu beobachtenden Sorgfalt. Zusammenstoß zweier Flugzeuge.

11. Sorgfaltspflicht des Hausbesitzers. a) **RG.** R. **14** Nr. 1669. Dem Eigentümer eines umfangreichen Grundbesitzes kann nicht zugemutet werden, daß er jeden einzelnen Baum persönlich untersuche. b) **RG.** JW. **14** 677 Nr. 5, R. **14** Nr. 1666. Der Hauseigentümer hat für die Verkehrssicherheit der Zugänge, insbesondere der Treppen einzustehen. c) **RG.** R. **14** Nr. 40. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Straßenteil bei Winterglätte bestreut werden muß, kommt es auf das konkrete Verkehrsbedürfnis an. d) **RG.** R. **14** Nr. 1670. Bei strenger Kälte muß der Hausbesitzer dagegen Vorsorge treffen, daß durch nasses Aufwischen der im Innern des Hauses befindlichen Treppen und Flure keine Eisglätte entsteht. Er darf sich nicht darauf verlassen, daß das Dienstmädchen aus sich selbst richtig handelt. e) OLG. **28** 261 (Dresden). Dem Hausbesitzer kann nicht zugemutet werden, dann, wenn er ordnungsmäßig gestreut hat, noch besondere Maßnahmen zu treffen, um die Bildung von Eishuckeln durch Wasser, das infolge der Sonnenstrahlen abtropft, zu verhindern und sofort zu beseitigen.

12. Sorgfaltspflicht des Mieters. **RG.** R. **14** Nr. 593. Hat ein Mieter durch Vertrag mit dem Hauseigentümer die Pflicht zur Beleuchtung der Treppe übernommen, so ist er zwar an die ihm nach den Verhältnissen zu Gebote stehende Beleuchtungsart gebunden und daher nicht ohne weiteres für eine unzureichende Beleuchtungsart Dritten gegenüber haftbar. Jedoch ist er verpflichtet, Obacht zu geben, daß die Beleuchtungsvorrichtung instand ist.

13. Sorgfaltspflicht bei Unterhaltung von Straßen usw. **a)** OLG. **28** 262 (KG.). Der Streupflicht wird genügt, wenn die Stadt die Streuarbeiten bei Beginn oder innerhalb eines mäßigen Zeitraums nach Beginn des Tagesverkehrs verrichten läßt (JW. **12** 194 Nr. 15). **b)** OLG. **28** 256 (München). Die Gemeindeverwaltung handelt nicht fahrlässig, wenn das von ihr unterhaltene Geländer einer Bergstraße nicht so fest ist, daß es den Absturz eines Kraftwagens verhindert. **c)** OLG. **28** 259 (München). Wer einen Raum lediglich aus nachbarlicher Duldung oder aus mangelndem Verbotsinteresse freigegeben hat, ist zu Sicherungsmaßregeln nicht verpflichtet. Wer den Raum zur Wegkürzung überschreitet, tut es auf eigene Gefahr. Er muß den Weg nehmen, wie er sich ihm bietet (JW. **06** 127 Nr. 9, **07** 364 Nr. 12, **08** 744 Nr. 13). **d)** HansGZ. **14** Beibl. 73 (Hamburg). Die Haltbarkeit eines Dampfschiffs-Landungsstegs muß nicht nur dem normalen Verkehr entsprechen, sondern auch bei stärkerem Verkehre genügen.

14. Sorgfaltspflicht des Eisbahnbesitzers. **RG.** JW. **14** 926 Nr. 12, R. **14** Nr. 2848. Der Eisbahnbesitzer hat nicht nur vor Eröffnung der Bahn die ausreichende Stärke des Eises festzustellen, sondern sich auch fortdauernd von der Sicherheit der Bahn zu überzeugen und für ihre Räumung zu sorgen, sobald die Tragfähigkeit der Eisdecke zweifelhaft wird.

15. Sorgfaltspflicht des Theaterunternehmers. Pos. MSchr. **14** 66 (Posen). Der Inhaber eines Lichtbildtheaters haftet auf Schadensersatz, wenn ein Besucher infolge fehlerhafter Beschaffenheit des Treppenaufganges fällt. Mangelhafte Befestigung des Gummiabsatzes am Schuh des Verletzten ist nach § 254 BGB. zu würdigen.

16. Sorgfaltspflicht bei dem Verkehr auf der Straße. **a) RG.** GruchotsBeitr. **58** 926, JW. **14** 353 Nr. 5. Auf den städtischen Straßen haben die Führer von Kraftfahrzeugen auf die Fußgänger Rücksicht zu nehmen. **b) RG.** R. **14** Nr. 41. Der Fuhrmann darf im allgemeinen erwarten, der ihm in einem Hohlwege begegnende Fußgänger werde ausweichen oder in einer Wegenge, die dies nicht gestattet, zurückgehen oder sich sonst in Sicherheit bringen. Der einzelne Fall kann jedoch so liegen, daß auch der Fuhrmann geeignete Maßregeln ergreifen muß, um den Fußgänger vor Schaden zu bewahren. **c) RG.** R. **14** Nr. 1664. Aus dem Umstande, daß ein kleines Kind, ohne daß der Fuhrmann es merkt, aus einer neben der Straße befindlichen Einfahrt seitwärts unter den fahrenden Wagen läuft, ergibt sich noch nicht, daß der Fuhrmann unaufmerksam gefahren ist. **d) RG.** R. **14** Nr. 1667. Wenn ein Fuhrwerkslenker durch Warnungslaternen darauf aufmerksam gemacht ist, daß in der Nähe der Straßenbahngleise sich ein Hindernis befinden muß, so hat er, auch wenn die Straßenbahngleise nicht durch eine Querstange oder ein Warnungsschild versperrt sind, damit zu rechnen, daß das Hindernis (Aufgrabung) sich unter oder neben den Gleisen befinden kann. **e) RG.** R. **14** Nr. 1668. Vor der Benutzung eines Wagens auf öffentlichen Wegen hat der Fuhrmann im Interesse der Verkehrssicherheit die ordnungsmäßige Befestigung der Deichsel zu prüfen, und zwar auch dann, wenn es sich um einen entliehenen Wagen handelt. **f) RG.** R. **14** Nr. 2398. Ein Fuhrwerksbesitzer, der ein offensichtlich mangelhaftes Pferdegeschirr verwendet, handelt fahrlässig, auch wenn das Geschirr lange Zeit ohne nachteilige Folgen verwendet worden ist.

17. Sorgfalt bei Unterhaltung von Räumen usw. a) **RG.** PosMSchr. **14** 68. Die Verletzung der allgemeinen Pflicht, für die Sicherheit der Personen zu sorgen, denen Einlaß gewährt wird, begründet im Falle schuldhafter Schadenszufügung nur einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, nicht auch aus Vertrag, es sei denn, daß Vertragsbeziehungen vorhanden sind, die sich gerade auf die Benutzung eines Raumes erstrecken, z. B. in dem Verhältnisse zwischen Wirt und Gast. An diesen Grundsätzen hat das RG. in ständiger Rechtsprechung festgehalten. Ebenso HansGZ. **14** Beibl. 105 (Hamburg). **b) RG.** BayRpflZ. **14** 230, R. **14** Nr. 1079, 1080, 1082. Die Stadtgemeinde haftet aus dem Vertrag auf Schadensersatz, wenn ein Kurgast auf dem glatten, durch Läufer nicht hinreichend belegten Marmorfußboden des städtischen Kurhauses zu Falle kommt.

18. Sorgfaltspflicht des Gastwirts. a) **RG.** JW. **14** 925 Nr. 11, R. **14** Nr. 2393. Haftung des Gastwirts (Unfall des Skatspielers durch Verletzung mit einem Billardstocke). **b) RG.** R. **14** Nr. 1968. Wird einem Gaste von einer Kellnerin in einer ländlichen Wirtschaft in einer Mineralwasserflasche versehentlich eine ätzende Flüssigkeit vorgesetzt, so genügt zur Entlastung des Wirtes nicht der allgemeine Nachweis ordentlicher Wirtschaftsführung. **c) RG.** BayRpflZ. **14** 42. Die Wirtin handelt fahrlässig, wenn sie eine Kegelbahn mit rissigem Auflagebrette benutzen läßt. Den Kegler trifft jedoch ein Mitverschulden, wenn er trotz Kenntnis dieses Zustandes die Kegelbahn benutzt. **d) RG.** R. **14** Nr. 1662. Bei den Anforderungen an die Beleuchtung einer Wirtschaft ist auf die ländlichen und kleinstädtischen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen. **e) RG.** R. **14** Nr. 2850. Nebenräume einer Gastwirtschaft, die nur gelegentlich den Gästen zum Aufenthalte dienen, brauchen nur in der Zeit, in der sie für den Gastverkehr bestimmt sind, in verkehrssicherem Zustande gehalten zu werden. Gegen Verwechslungen ist Vorsorge zu treffen. **f)** OLG. **28** 213, SchlHolstAnz. **14** 2 (Kiel). Der Gastwirt, der die Einstellung von Fuhrwerken auf seinem Grundstücke zuläßt und zu deren Bedienung einen Hausknecht anstellt, haftet für das Verschulden des Hausknechts bei Beaufsichtigung des Fuhrwerkes. **g)** OLG. **28** 211 (München). Hat der Wirt ohne Übernahme der Obhut den Stall unentgeltlich dem Gaste zur Benutzung für die Pferde zur Verfügung gestellt, so hat er gemäß § 276 lediglich dafür einzustehen, daß der Stall zur Einstellung von Pferden geeignet war.

V. Beweislast. **RG.** R. **14** Nr. 2869. Ist ein Fahrgast auf der Fahrt beschädigt, so hat der Unternehmer zu beweisen, daß ihn kein Verschulden trifft (**RG. 83** 343, R. **14** Nr. 340).

VI. Erlaß der Haftung für Verschulden. **RG.** JW. **14** 589 Nr. 5. Daraus, daß der Verletzte sich zu einer Fahrt als Gast hat einladen lassen, kann sein stillschweigendes, unter Umständen nach Treu und Glauben sogar selbstverständliches Einverständnis entnommen werden, den Wagenführer nicht schon wegen eines fahrlässigen Verschuldens rechtlich in Anspruch zu nehmen.

§ 278. Literatur: Heinsheimer, Die Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen nach der deutschen Praxis und dem österreichischen Entwurfe, GrünhutsZ. **40** 115 ff. — Hörle, Die Haftung des Mieters für den Schaden, den der Frachtführer oder seine Leute beim Umzug anrichten (§ 278 BGB.), R. **14** 492 ff. — Josef, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten, Gruchots Beitr. **58** 638 ff. — Derselbe, Einwirkung der §§ 278, 831 BGB. auf die Haftung für die Verkehrssicherheit, BadRpr. **14** 94. — Derselbe, Die Haftung des Wohnungsmieters für Beschädigungen durch seine Hausgenossen, JW. **14** 1026 ff. — Staedler, Das deutsche Postscheckrecht nach seiner Neuordnung, EisenbE. **31** 34—38.

I. Voraussetzung ist eine Verbindlichkeit. 1. Ulrich, Unterlassungsanspruch. Über die Anwendbarkeit des § 278 auf Unterlassungsansprüche 209.

2. OLG. **28** 63 (Hamburg IV). Unter „Verbindlichkeit" ist nur die Verbindlichkeit des Schuldners, nicht auch diejenige Verbindlichkeit zu verstehen, deren Verletzung Gläubigerverzug begründet (mit Hamburg V, HansGZ. **07** Nr. 21, gegen Hamburg II, HansGZ. **10** Nr. 38).

3. **RG.** LeipzZ. **14** 928. Umfang. Diese Bestimmung gilt nicht nur für solche Leistungen, die grundsätzlich vom Schuldner persönlich zu bewirken sind, sondern findet auch Anwendung, wenn der Schuldner die von ihm übernommene Verpflichtung nicht selbst erfüllen kann oder zu erfüllen braucht.

4. **RG. 83** 43, SeuffA. **69** 229 Nr. 123. Der Versicherte hat ein Verschulden einer Angestellten, das den Schadensfall herbeiführt, nicht auf Grund des § 278 BGB. zu vertreten.

5. **RG.** WarnE. **14** 66. Die Anwendung des § 278 ist ausgeschlossen für den Fall der Versäumung der Anzeige des Versicherungsfalls, da es sich hier um eine Anspruchsvoraussetzung und nicht um eine Verbindlichkeit gegenüber der Versicherungsgesellschaft handelt. Ob § 6 VersG. eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte, ist nicht entschieden.

6. EisenbE. **30** 334 (Stettin). Der Staat haftet für das Verschulden des Zwangslotsen nicht nach § 278, denn dieser haftet seinerseits nicht aus einem Vertrage, sondern nach Maßgabe der §§ 839, 823 Abs. 1 BGB.

II. Begriff des Erfüllungsgehilfen. 1. **RG.** R. 14 Nr. 2627. Der Erfüllungsgehilfe braucht nicht Willensvertreter zu sein.

2. R. **14** Nr. 1799 (Stuttgart). Die Mitglieder und Lieferanten einer Molkereigenossenschaft sind nicht deren Erfüllungsgehilfen.

3. **RG.** (Straff.) **47** 316. Die Boten einer Paketfahrtgesellschaft sind deren Erfüllungsgehilfen.

4. **RG.** JW. **14** 756 Nr. 2. Der Fabrikant ist nicht Erfüllungsgehilfe des Gattungsschuldners.

5. PosMSchr. **14** 65 (Posen). Der Prinzipal haftet gegenüber seinem Geschäftsreisenden für die Unachtsamkeit seines diesen zur Bahnstation fahrenden Kutschers.

6. **RG. 83** 343, JW. **14** 302 Nr. 9, R. **14** Nr. 323, 324. Bei dem Beförderungsvertrage mit dem Unternehmer eines einheitlichen Eisenbahnbetriebs sind alle im Betriebe dienstlich verwendeten Personen Erfüllungsgehilfen des Unternehmers.

7. OLG. **28** 208, R. **14** Nr. 594 (München). Der Werkunternehmer haftet für die mißbräuchliche Benutzung der ihm zur Ausbesserung übergebenen Sache durch seine Gehilfen.

8. **RG. 83** 71. Die Stadtgemeinde haftet für den von Krankenhausangestellten durch schuldhaftes Zurücklassen von Fremdkörpern in der Operationswunde verursachten Schaden.

9. **RG.** BayRpflZ. **14** 168, JW. **14** 401 Nr. 2, LeipzZ. **14** 940, R. **14** Nr. 596. Übernimmt der einen Arzt über Land Rufende die Abholung des Arztes mit eigenem Gespanne, so ist der Kutscher, der die Abholung bewirkt, sein Erfüllungsgehilfe in Ansehung der einen Teil der Gegenleistung für die ärztliche Tätigkeit bildenden Beförderungspflicht.

10. **RG.** R. **14** Nr. 1093. Keine Haftung des Kriegervereins für das Verschulden des Vereinskanoniers beim Böllerschießen.

11 Josef, BadRpr. **14** 94. Wird eins der im § 823 Abs. 1 BGB. bezeichneten Rechtsgüter gegenüber mehreren durch eine Handlung verletzt, die sich gegenüber dem einen Verletzten als bloße unerlaubte Handlung, dem anderen gegenüber aber als Verletzung einer Vertragspflicht darstellt, so befreit sich der Ersatzpflichtige dem ersteren gegenüber durch den im § 831 Abs. 1 Satz 2 nachgelassenen Entlastungsbeweis, während ihm dem anderen Verletzten gegenüber dieser Entlastungsbeweis durch § 278 versagt ist. Ebenso kann, wenn mehrere Personen zum Schadensersatz

aus derselben Handlung verpflichtet sind, dem einen von ihnen dieser Entlastungsbeweis zustehen, während er dem anderen versagt ist, weil er zum Verletzten in einem Vertragsverhältnisse steht. — Nicht jeder Kellner ist jedem Gaste gegenüber Erfüllungsgehilfe des Wirtes, sondern dieser erfüllt seine Verbindlichkeit durch einen bestimmten Kellner. Wird also eine Beschädigung des Gastes herbeigeführt durch einen Kellner, der den Gast gar nicht bedient, so ist der Wirt nur aus § 831, nicht aber aus § 278 schadensersatzpflichtig. — Überträgt der Wirt einem Kellner die Verwahrung von Waffen, so bedient er sich dieses Kellners zur Erfüllung der ihm gegenüber den Gästen obliegenden Pflicht, die Gasträume in verkehrssicherem Zustande zu erhalten, so daß er für Verschulden des Kellners nach § 278 haftet. Steht dagegen der Kellner mit der Verwahrung der Waffe in keiner Beziehung und verletzt er durch unbefugte Befassung mit ihr Gäste, so liegen die Voraussetzungen des § 278 nicht vor, und es kann eine Haftung des Wirtes nur aus § 831 in Frage kommen. — Behauptet der Verletzte, daß zwischen ihm und dem Beschädiger ein Vertragsverhältnis besteht, durch dessen Verletzung die Beschädigung verursacht ist, und bietet der Tatbestand, auch wenn man von dem Vertragsverhältnis absieht, die Voraussetzungen des § 823 Abs. 1, so kann der Verletzte die ihm günstigere Rechtslage geltend machen; er kann also auch diejenigen Ansprüche geltend machen, die die zugleich vorliegende unerlaubte Handlung des Beklagten erzeugt. Sonach kann der Gast, der die Kegelbahn gegen Entgelt, also auf Grund Vertrags benutzt und durch den mangelhaften Zustand der Kegelbahn verletzt wird, auch Schmerzensgeld (§ 847) vom Gastwirte verlangen, der andererseits gemäß § 278 für Verschulden Dritter haftet. Das gleiche gilt, wenn der Mieter infolge des mangelhaften Zustandes der Wohnung einen Schaden erleidet. — Wenn dagegen eine Handlung nur dadurch zu einer unerlaubten wird, daß sie bei Erfüllung des unter Parteien geschlossenen Vertrags geschah, so haftet der Ersatzpflichtige nur nach Vertragsrecht. — Der § 278 behandelt die Haftung des Schuldners, d. h. dessen, von dem der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses eine — klagbare, erzwingbare — Leistung fordern kann (§ 241). Wenn dagegen der Angestellte des Verkäufers oder des Eigentümers die Waren oder die Wohnung dem Kauf- oder Mietlustigen vorzeigt, so handelt er nicht in Erfüllung einer — erzwingbaren — Verbindlichkeit des Verkäufers oder des Eigentümers, sondern weil er dem Wunsche des Kauf- oder Mietlustigen nachgibt. Ein solches Abkommen fällt nicht unter die §§ 241, 278, sondern es will gegenteils nur die Entstehung einer unter diese Vorschriften fallenden Verbindlichkeit vorbereiten, und eine entsprechende Anwendung des § 278 auf Abkommen jener Art ist unzulässig.

12. a) **RG. 84** 222, GruchotsBeitr. **59** 112, LeipzZ. **14** 938, JW. **14** 465 Nr. 5, WarnE. **14** 200, R. **14** Nr. 1083, 1675. Hat der Mieter die Mieträume seinen Angestellten zum Gebrauch anvertraut, so sind sie seine Erfüllungsgehilfen hinsichtlich der schonenden und pfleglichen Behandlung der Mieträume nach § 278 BGB. Verletzt einer dieser Angestellten in ursächlichem Zusammenhange mit seiner in diesen Räumen zu verrichtenden Arbeitsleistung seine Pflicht zu schonender und pfleglicher Behandlung der Mieträume, und verursacht er durch diese Pflichtverletzung dem Vermieter Schaden, so haftet der Mieter kraft Mietvertrags, gleichwie wenn der Mieter die Pflichtverletzung selbst begangen hätte. **b)** Josef, JW. **14** 1026 ff. Dem Wohnungsmieter liegt eine Obhutspflicht (die Pflicht zu schonender Behandlung) ob, die sich, wie die §§ 550, 553 ergeben, als eine Leistungspflicht darstellt, und die er mit der Wirkung des § 278 BGB. auf Dritte übertragen kann, z. B. auf den Aftermieter, den Hausverwalter und auf die Personen, denen er die im Interesse des Vermieters erforderliche Behandlung der Parkettböden überträgt. Dagegen überträgt er diese Obhutspflicht nicht schon dadurch auf Dritte, daß er sie an seinem Gebrauchsrechte teil-

nehmen läßt (z. B. seine Familienglieder, seine Bediensteten, seine Gäste und seine Gewerbegehilfen), mögen auch die ihnen gegenüber dem Mieter obliegenden Verrichtungen eine räumliche Befassung mit den Einrichtungen der Mietwohnung (so besonders mit den Heiz-, Koch-, Beleuchtungs- und Wasserleitungseinrichtungen) erfordern. Nach der Verkehrsauffassung stehen solche Bedienstete und Gewerbegehilfen in gar keiner Beziehung zu den Verbindlichkeiten, die der Dienstberechtigte in seiner Eigenschaft als Mieter hat, und sie sind von diesem nicht zwecks Erfüllung solcher Verbindlichkeiten bestellt. Wenn die bloße Übertragung von Verrichtungen in der Mietwohnung eine Haftung des Mieters für Verschulden seiner Hausgenossen und Gewerbegehilfen begründen würde, so wären die Vorschriften des § 549 Abs. 2 (wonach der Mieter für Verschulden seines Aftermieters haftet) selbstverständlich und fortgelassen. Der Mieter haftet also nicht für den Schaden, den seine Gewerbegehilfen bei den ihnen obliegenden Arbeiten durch schuldhafte Benutzung der oben gedachten Einrichtungen verursachen, auch nicht für den Schaden, den seine Hausgenossen oder Gäste dadurch verursachen, daß sie bei Sturm oder Frost das Schließen der Fenster unterlassen. Wenn der Mieter seinen Angestellten die Heizung, Reinigung, Wasserentnahme überträgt, so tut er dies in seinem alleinigen Interesse; er hat aber nicht (wie betreffs der erwähnten Parkettböden) eine „Verbindlichkeit" zu bestimmten Verrichtungen betreffs der Mieträume und der Wasserleitung, bedient sich folglich hierbei nicht seiner Angestellten mit der Wirkung des § 278 BGB.

13. *Staedler, EisenbE. **31** 34. Die Postverwaltung haftet mit der Maßgabe grundsätzlicher Betriebs- anstatt Verschuldenshaftung. Verzugshaftung wird abgelehnt. Der Kontoinhaber haftet für Verwahrung der Scheckformulare und für Anzeige von „Änderungen seiner rechtlichen Verhältnisse, die für sein Konto von Bedeutung sind".

14. Josef, GruchotsBeitr. **58** 638 ff. 1. Der § 278 BGB., wonach der Schuldner das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen wie das seinige zu vertretenhat, betrifft nur Schuldverhältnisse des bürgerlichen Rechtes, also privatrechtliche Verbindlichkeiten, und ist danach nicht anwendbar auf Verbindlichkeiten des öffentlichen Rechtes, wo der Verpflichtete eine schuldnerähnliche Stellung nicht hat. Er findet sonach nicht Anwendung, wenn eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes aus Gründen öffentlicher Fürsorge (der Armenpflege oder der gesetzlichen Versicherung) Leistungen, die der Verfügung der Beteiligten entzogen und gesetzlich fest geregelt sind, schuldet oder für Benutzung ihrer Einrichtungen steuerartige Beiträge erhebt. 2. Aus dem Wesen des öffentlichen Beamtenverhältnisses folgt, daß die Körperschaft des öffentlichen Rechtes bei Gewährung der Arbeits- und Wohnräume jede gesundheitliche Gefährdung des Beamten zu verhüten hat. Zur Begründung dieser Verpflichtung bedarf es also keiner analogen Anwendung des § 618 BGB.; folglich ist auch unzulässig die Schlußfolgerung, daß auf diese öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Staates und der Gemeinde zugleich die Vorschrift des § 278 entsprechend anwendbar sei. Der Staat und die Gemeinde haben bei Erfüllung der bezeichneten Verbindlichkeit auch nicht eine schuldnerähnliche Stellung gegenüber dem Beamten; ihre Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung jener Verbindlichkeit regelt sich nach §§ 31, 89. 3. Nur unter ausnahmsweise gearteten Umständen kann dadurch, daß der Staat oder die Gemeinde auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes einem bestimmten Privaten gegenüber eine Verpflichtung übernimmt, die diesem ausschließlich und dauernd zustatten kommt, für den Staat (die Gemeinde) ein schuldnerähnliches Verhältnis geschaffen werden, das die Anwendung des § 278 rechtfertigt, so wenn ein Universitätsprofessor die Übernahme des Amtes abhängig macht von der Herstellung besonderer Einrichtungen, oder wenn die Gemeinde jemandem einen Be-

gräbnisplatz gegen eine Gebühr (Abgabe) zur Benutzung einräumt. 4. Liegt die Verwahrung des von einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes geführten Siegels nicht den Vorstehern, sondern besonderen (Bureau-) Beamten ob und wird durch Nachlässigkeit dieser eine mißbräuchliche Benutzung des Siegels und hiermit die Schädigung eines Dritten herbeigeführt, so ist die juristische Person nicht schadensersatzpflichtig. Denn jene mit der Aufbewahrung betrauten Beamten sind nicht Vertreter i. S. der §§ 31, 89 BGB. 5. Die dem Vormund obliegende Sorgepflicht (§ 1793) verpflichtet ihn zu sorgfältiger Auswahl der von ihm dem Mündel bestellten Vertreter, z. B. eines Gutsverwalters. Durch die Bestellung ist die Sorgepflicht des Vormundes insoweit durch Erfüllung erloschen, die Verwaltung auf den Bestellten übergegangen, so daß dieser nicht Erfüllungsgehilfe (§ 278), sondern Substitut des Vormundes ist, also ein dem § 664 Abs. 2 Satz 2 ähnliches Verhältnis vorliegt. Die Sorgepflicht erzeugt dann nur die Verpflichtung des Vormundes zur Überwachung des Verwalters.

III. Verschulden bei Gelegenheit der Leistung. OLG. **28** 289 (München). Für Zufälligkeiten, die von der Vertragserfüllung unabhängig sind, besteht eine Haftung aus § 278 BGB. nicht.

§ 279. 1. **RG. 84** 125, JW. **14** 464 Nr. 4. Wer Samen verkauft, der von ihm in bestimmter Weise aus Stecklingen auf beschränktem Areal gewonnen wird, den sonst niemand züchtet und der daher im Zuckerrübenbau als „Spezialität" bezeichnet wird und im freien Handel nicht allgemein zu haben ist, ist auch im Notfalle nicht verpflichtet, andern gleichwertigen Samen zu liefern.

2. S. auch §§ 275, 281, 325.

§ 280. 1. R. **14** Nr. 2399 (Hamburg). Unmöglichkeit der Lieferung durch Abbrennen der Fabrik.

2. Wassermann, Privatlieferung und Kriegslieferung, JW. **14** 1005. Wer mit Privatlieferungen schon vollbesetzt war, macht sich seinen Privatkunden gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn er freiwillig Kriegslieferung übernimmt, die ihn hindert, seinen Verpflichtungen nachzukommen. AM. Becker, JW. **14** 1114, mit Rücksicht auf den durch das Kriegsleistungsgesetz begründeten Kontrahierungszwang, der die Ursächlichkeit freiwilliger Abschlüsse mit der Heeresverwaltung für die Nichtlieferung an Privatkunden ausschließe.

§ 281. 1. Wassermann, JW. **14** 1005, **15** 71. Sind Waren an einen Privatkunden für 6000 M. verkauft, infolge der Beschlagnahme jedoch an die Heeresverwaltung für 10 000 M. geliefert, so kann der Privatkunde den Unterschied von 4000 M. verlangen. Ebenso Löwenwarter, JW. **15** 111. Hiergegen Becker, JW. **14** 1114.

2. S. auch §§ 275, 279, 325.

§ 282. SchlHolstAnz. **14** 308 (Kiel). Wenn nach dem Gesetze der Schuldner nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, trifft entgegen der Regel des § 282 BGB. den Gegner die Beweislast für das Vorliegen einer solchen groben Fahrlässigkeit.

§ 283. *Klaholt, GruchotsBeitr. **58** 778 ff. Die Klage auf eventuelle Interesseleistung aus § 283 BGB. kann mit der Klage auf Erfüllung nach § 260 ZPO. verbunden werden, wenn die Voraussetzungen des § 259 ZPO. gegeben sind. Die Rechtsschutzfähigkeit im Sinne des § 259 ZPO. ist stets gegeben. Die Frage, ob auch die Rechtsschutzbedürftigkeit gegeben, d. h. die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, ist nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu prüfen und zu entscheiden. — Die Frist aus § 283 BGB. ist auf Antrag des Klägers nach § 255 ZPO. bereits im Urteile zu bestimmen. — Bis zum Ablaufe der Frist besteht der Anspruch auf die ursprünglich geschuldete Leistung erzwingbar fort (aM.: Eccius, GruchotsBeitr. **47** 151 f.; RGRKomm. [1] Anm. 4, [2] Anm. 1 zu § 283).

§ 284. 1. OLG. 28 70 (Hamburg). Ausstand kann nur unter besonderen vom Schuldner darzulegenden Umständen entschuldigen.

2. OLG. 28 69 (Braunschweig). Dadurch, daß der Gläubiger dem Schuldner erklärt, bei den — kalendermäßig bestimmten — Zinszahlungen komme es auf 14 Tage nicht an, verliert die Leistungszeit nicht die kalendermäßige Bestimmtheit. Der Fälligkeitstag ist äußerstenfalls auf 14 Tage später kalendermäßig bestimmt.

3. OLG. 28 68 (Hamburg). Die Abrede, daß zu liefern ist „vom 1. Januar bis Ende März 1912 sukzessive ungefähr gleichmäßig auf die einzelnen Monate verteilt", enthält keine Bestimmung der Leistungszeit „nach dem Kalender". — Verzug hinsichtlich der einzelnen Raten setzt also Mahnung voraus.

4. *Fraeb, Die Mahnporti fallen nicht unter Verzugsschaden, JW. **13** 1091 ff. (vgl. JDR. **11** §§ 202, 208, 242 Ziff. 5, 284, 286 BGB., §§ 688 ff. ZPO.), widerlegt die Behauptung von Hoffmann, JW. **13** 727 (vgl. JDR. **12** zu § 284 Ziff. 1), daß er (JW. 12 776 ff.) den Satz aufgestellt habe, „die Stundung sei ein Vertrag, bei dem der Gläubiger an das Wesentliche des Vertrags — die Stundung — nicht gebunden sei. Nehme man an, daß in dem einstweiligen Nichtvorgehen des Gläubigers eine Annahme des Stundungsantrags liege, so könne der Gläubiger diesem Vertrage jederzeit nach Belieben durch eine neue Mahnung ein Ende bereiten." Er habe lediglich ausgeführt, daß der Schuldner dem Gläubiger die Stundung auf-oktroyiere, so daß durch Genehmigung des Gläubigers ein Stundungsvertrag zustande komme. Bei mehrfachen Mahnungen, die nach der ersten zur Inverzugsetzung erforderlichen erfolgen, provoziere der Gläubiger die Anerkennung der neu hinzugetretenen Verzugsschuld und genehmige auch deren Stundung von Mahnung zu Mahnung. Er habe also lediglich von „genehmigten" Stundungsverträgen im Sinne des § 184 BGB. gesprochen, die de facto vom Schuldner bereits verwirklicht seien. Dem Gläubiger stege selbstverständlich hiernach nur frei, auch weitere vom Schuldner herbeigeführte Stundungen zu genehmigen oder aber durch Nichtgenehmigung seines Verhaltens der weiteren Verzögerung ein Ende zu bereiten.

5. Ulrich, Unterlassungsanspruch 207. Bei Dauerunterlassungen ist ein Verzug nicht denkbar.

6. *Fraeb, JW. **13** 1093 — s. oben zu § 284 Ziff. 4 —, bezeichnet gegenüber Hoffmann, JW. **13** 727 ff. — s. JDR. **12** § 284 Ziff. 1 —, es als höchst erwünscht, wenn das geltende Recht es dem Richter, der sich bei seiner Auslegung und Anwendung sorgsamer und verständnisvoller Interessenabwägung befleißigt, wenigstens ermöglicht, da, wo ein einsichtsvoller Gläubiger bereit ist, dem von ihm erkannten Stundungsbedürfnisse des Schuldners entsprechend und in Erfüllung seiner eigenen sozialen und moralischen Verpflichtung, billigste Beitreibung seiner Forderung zu wählen, forderungsanerkennendes, wenn auch nur nicht mißzuverstehendes stillschweigendes Verhalten des Schuldners mit Stundungsgenehmigung zu belohnen, seinerseits durch rechtliche Anerkennung des aus wirtschaftlichem Bedürfnis eingeschlagenen Beitreibungswegs nichts in den Weg zu legen. Diese Möglichkeit aufzuweisen, war das Bestreben der Ausführungen von Fraeb (JW. **12** 776 ff.).

§ 286. 1. JW. **14** 554 (LG. Lüneburg). Die Kosten des anwaltlichen Mahnschreibens sind gemäß § 286 BGB. zu ersetzen.

2. Zu dem von *Fraeb, JW. **12** 776 ff., gefundenen Ergebnisse der Zubilligung angemessener Portoauslagen usw. für Mahnschreiben, welches nach Hoffmann — s. oben bei § 284 — allein den Anforderungen des Lebens gerecht wird, soll man nach Hoffmann ohne Zwang gelangen, wenn man die Mahnkosten als Verzugsschaden (§ 286) ansieht. Hoffmann will den Einwand, die Mahnkosten seien keine unmittelbare Folge des Verzugs, sondern nur eine mittelbare, und deshalb nicht erstattungsfähig, damit erledigen, daß er es für eine Frage der Zweckmäßigkeit hält, ob Veranlassung und Folge in einer derartig engen Verbindung

stehen, daß der Kausalzusammenhang als gewahrt anzusehen ist. Demgegenüber weist Fraeb, JW. **13** 1091 ff., darauf hin, daß es anerkannt sei, daß der natürliche Zusammenhang mit seinen reichen und unübersehbaren Verzweigungen jedenfalls in den Fällen nicht genügt, wo es sich nur um mittelbare Folgen handelt. Es darf danach füglich bezweifelt werden, ob die von Hoffmann vorgeschlagene, äußerst allgemein gehaltene Lösung der Frage des Kausalzusammenhanges geeignet ist, Licht in die erörterten Zweifel zu bringen.

§ 289. OLG. 28 70 (Hamburg). Der Schadensersatzanspruch kann auch mit der Behauptung begründet werden, daß der Gläubiger die Zinsen zu einem bestimmten Zinssatze hätte anlegen können und angelegt hätte.

§ 291. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2852. Der Beginn der Verzinsung nach § 291 BGB. wird bei einem Pflichtteilsanspruche nicht dadurch verzögert, daß den beklagten Erben die Hinterlegung des auch von einem Dritten beanspruchten Betrags nicht möglich ist, weil der Nachlaß der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers untersteht.

2. OLG. 28 223 (Hamburg). Die im § 291 BGB. verordnete Verzinsungspflicht bezieht sich auch auf die Bürgschaftsschuld.

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

Literatur: Riedinger, Verwandlung von Bringschulden in Holschulden durch Annahmeverweigerung des Gläubigers, JW. **14** 736 f.

§ 293. 1. **RG.** BayRpflZ. **14** 228, WarnE. **14** 149. Beim Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift ist das Aufhören des Gläubigerverzugs nach den Folgerungen aus der Natur des Verzugs zu bestimmen. Daraus ergibt sich, daß der Gläubiger sich bereit erklären muß, die dem Schuldner obliegende Leistung als solche, d. h. als auf Grund des Vertrags zu machende Leistung anzunehmen. Bei einem durch Entlassung des Arbeitnehmers begründeten Annahmeverzuge des Arbeitgebers ist mithin die Beseitigung der Folgen des Annahmeverzugs jedenfalls nur dann anzunehmen wenn der Arbeitgeber die Folgen der Entlassung dem Schuldner gegenüber wieder beseitigt, soweit das überhaupt möglich ist, also sich ihm gegenüber unzweideutig auf den Standpunkt stellt, daß er die Dienste des Schuldners als vertragsmäßige, d. h. auf Grund des noch bestehenden Vertrags zu leistende, annehmen zu wollen erklärt. Er muß also klar zu erkennen geben, daß die Entlassung zu Unrecht erfolgt sei.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2853. Auch nach Annahmeverzug des Käufers ist der Verkäufer nur so lange den Kaufpreis zu fordern berechtigt, als er selbst zur Lieferung der Ware imstande ist.

3. Riedinger, JW. **14** 376 f. Nimmt der Gläubiger schuldhaft in gegen Treu und Glauben verstoßender Weise die ihm angebotene Leistung nicht an, so verwandelt sich die Bringschuld in eine Holschuld.

§ 295. **RG.** 83 393. Was im § 295 BGB. vom Angebote des Schuldners bestimmt ist, muß auch für das Angebot des zur Schuldnerleistung berechtigten Dritten gelten.

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

§ 305. **RG.** R. **14** Nr. 2854. Die Umschaffung — Novation — eines Rechtsverhältnisses ist nach dem Rechte des BGB. zulässig. Sie erfolgt durch eine Vertragschließung unter den Beteiligten in der Absicht, diesen Vertrag an die Stelle des alten treten zu lassen und letzteren dadurch zu beseitigen.

§ 306. **RG.** R. **14** Nr. 325. Ein Vertrag auf möglichst vollständig rentablen Ausbau eines Bergwerkes ist nicht deshalb nichtig, weil sich eine solche Rentabilität nicht erzielen läßt; die Gegenleistung kann also nicht zurückgefordert werden.

§ 308. Goldbaum, Theaterrecht 124. Wird ein Aufführungsvertrag (s. zu § 631) für den Fall geschlossen, daß dem Theaterunternehmen die Konzession erteilt wird, so ist die Wirksamkeit des Vertrags nach § 308 BGB. zu beurteilen.

§ 311. OLG. 28 74 (KG.). Ein Vertrag, durch den der Schuldner sein ganzes Vermögen, einschließlich der Grundstücke, dem Gläubiger zu dem Zwecke überläßt, sich aus ihm durch Verwertung wegen seiner Forderungen zu befriedigen, bedarf der Form der §§ 311, 313 BGB.

§ 312. **RG.** R. 14 Nr. 2628. Eine Vollmacht der künftigen Erben, wonach ein Dritter berechtigt ist, in bestimmter Weise über den Nachlaß nach dessen Anfall zu verfügen, ist gültig, wenn auch nicht unwiderruflich.

§ 313. I. Allgemeine Bedeutung. Schreiber, Schuld und Haftung (Leipzig 1914) 62, 171. Der formlose Vertrag des § 313 BGB. ist nicht nichtig, sondern entbehrt nur der Haftung. Daraus folgt: 1. Die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist und welchen Inhalt er hat, ob er etwa Nebenabreden enthält, deren Erfordernissen nicht genügt ist, ist ausschließlich auf Grund des formlosen Vertrags, nicht auf Grund der späteren Auflassung und Eintragung zu beantworten. 2. Die Anfechtungsfristen laufen vom Vertragsschlusse. 3. Die Wirkungen der Verjährung und der Mängelhaftung treten erst mit der Eintragung ein, die für sie maßgebenden Fristen beginnen erst mit diesem Zeitpunkte. 4. Von Verzugsfolgen kann vor der Eintragung keine Rede sein; eine Vertragsstrafe für bestimmte Unterlassungen wird mit der Zuwiderhandlung fällig, aber erst mit der Eintragung klagbar. 5. Die Heilung des Formmangels kann auch durch Rechtsnachfolger der Parteien vorgenommen werden.

II. Vorverträge. R. **14** Nr. 597 (BayObLG.). Enthält der sog. Vorvertrag bereits alle Bestandteile des Hauptvertrags, so steht er diesem gleich; die Überschrift ist einflußlos.

III. Vollmachtsvertrag. NaumbAK. **14** 15 (Naumburg). Ein „Vollmachtsvertrag", in dem beide Teile einem Dritten unwiderruflich Vollmacht erteilen, einen in allen Einzelheiten näher bestimmten Grundstückskaufvertrag zu notariellem Protokolle zu erklären, bedarf der Form des § 313 BGB.

IV. Kein Formzwang. 1. **RG.** JW. **14** 921 Nr. 5, R. **14** Nr. 2855. § 313 ist nicht anwendbar, wenn es sich um Überlassung von Grundstücken von einer Verwaltungsabteilung des Staates an eine andere handelt.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 575 Nr. 4. Ein Abkommen, durch das der Konkursverwalter sich zur Erfüllung eines Grundstückskaufvertrags unter abändernden Bedingungen bereit erklärt, bedarf nicht der Form des § 313 BGB., wenn sich das Abkommen als ein Vergleich im Sinne des § 779 BGB. darstellt.

V. Formzwang. 1. R. **14** Nr. 1807 (Colmar). Ein Vertrag, durch den zwei Parteien vereinbaren, ein von der einen Partei angesteigertes, aber noch nicht bezahltes Grundstück solle von ihnen gemeinschaftlich bearbeitet und sobald von dem Erlöse der Ernte der Steigpreis getilgt sei, je zur Hälfte unter den Parteien geteilt werden, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1550. Wenn ein Grundstück von zwei Personen je zur Hälfte erkauft und mit einem der Käufer eine besondere Abrede über Belastung eines Anteils getroffen, diese aber nicht beurkundet ist, so ist der ganze Vertrag nichtig.

3. **RG.** R. **14** Nr. 1549. Die Vereinbarung einer Rücknahmepflicht des Verkäufers für den Fall, daß dem Käufer der Weiterverkauf des Grundstücks innerhalb einer Frist nicht gelingen sollte, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

VI. Nebenabreden und Nachträge. 1. OLG. 28 74 (KG.). Die Verpflichtung zum Rückkauf eines Grundstücks ist nicht formpflichtig.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1400. Haben die Parteien eine mit der Beurkundung im Widerspruche stehende Vereinbarung getroffen und daran auch bis zur Beurkundung

festgehalten, so wird der Formmangel bez. der widersprechenden Vereinbarung durch Auflassung und Eintragung geheilt.

3. **RG.** R. 14 Nr. 182. Auf solche Nebenabreden, die nach dem erkennbaren Parteiwillen nebensächlich sind und deshalb nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen werden, erstreckt sich auch der Formzwang nicht; äußerstenfalls findet auf diesen Punkt § 315 BGB. Anwendung.

4. **RG.** WarnE. 14 206, R. 14 Nr. 1805. Ein Grundstückskaufvertrag ist ungültig, wenn ein mündlich vereinbartes Garantieversprechen nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen ist.

5. OLG. 28 73 (KG.). Vertragsnachträge, die den Kaufpreis des Grundstücks ändern, bedürfen der Form des § 313.

6. OLG. 28 74 (KG.). Geht der Vertragsinhalt eines Grundstückstauschvertrags dahin, daß die Grundstücke sich ausgleichen, so ist eine etwaige Wertangabe nicht Gegenstand vertraglicher Bindung, eine Unrichtigkeit in ihr auf den Bestand des Vertrags also einflußlos.

7. **RG.** BayRpflZ. 14 207. Die dem Käufer überlassene Entscheidung über Lage und Größe des Grundstücks unterliegt nicht dem Formzwange des § 313 BGB. Für sie genügt eine formlose Erklärung, da es sich bei der nachfolgenden näheren Bestimmung nicht um eine der Form bedürftige Abänderung, sondern nur um eine im Vertrage bereits vorgesehene, nach § 315 BGB. außerhalb des Vertrags zulässige und daher formfreie Ergänzung handelt (s. auch JDR. 12 II 1 d zu § 313).

8. **RG.** R. 14 Nr. 1806. Eine formlose Vereinbarung, durch die ein notarieller Grundstückskaufvertrag aufgehoben wird, und der Käufer unter Aufgabe seiner Rechte das Grundstück an den Verkäufer zurücküberträgt, ist wirksam, wenn die Auflassung noch nicht stattgefunden hatte.

VII. Satz 2. 1. **RG.** JW. 14 1076 Nr. 1, SchlHolstAnz. 14 306, R. 14 Nr. 2856. Erfüllt der Grundstücksverkäufer durch Auflassung des Grundstücks an einen Dritten einen formlos geschlossenen Kaufvertrag, so wird der Formmangel auch dann geheilt, wenn der Dritte nicht Zessionar des Käufers ist.

2. **RG.** R. 14 Nr. 1802. Bei einer Mehrheit von formlosen, durch Auflassung des ersten Verkäufers an den letzten Erwerber und durch Eintragung im Grundbuche geheilten Veräußerungsverträgen bedarf es im Prozeß eines Verkäufers gegen seinen Käufer nicht der Feststellung, unter welchen Bedingungen die übrigen Kaufverträge zustande gekommen sind.

3. **RG.** JW. 14 402 Nr. 3, R. 14 Nr. 1803. Bei einer Mehrheit von hintereinander abgeschlossenen Veräußerungsverträgen wird der Mangel der Form durch Auflassung vom ersten Veräußerer an den letzten Erwerber geheilt.

4. OLG. 28 73 (KG.). Auch die Auflassung an den Abkäufer des ersten Käufers heilt den Formmangel des ersten Kaufvertrags. Dasselbe gilt von der Auflassung an spätere Käufer hinsichtlich weiterer Zwischenverträge. Ob der Auflassungsempfänger die von der Heilung betroffenen Abreden der Zwischenpersonen kennt, ist unerheblich.

5. SchlHolstAnz. 14 7 (Kiel). Ein mündlicher Kaufvertrag wird nach § 313 Abs. 2 BGB. auch dann vollwirksam, wenn der Verkäufer mit dritten Käufern notarielle Kaufverträge abschließt und an diese direkt aufläßt, sofern dies nach der Anweisung des Käufers nur zur Erfüllung des mit diesem abgeschlossenen Kaufvertrags geschieht.

§ 315. 1. **RG.** R. 14 Nr. 9. Hat ein Kaufmann einem anderen zugesichert, ihm Ware zu „angemessenen, billigen und konkurrenzfähigen Preisen" zu liefern, und sind dann nach den übersandten Preislisten Waren bestellt und geliefert worden, so kann der Käufer nach Zahlung des verlangten Kaufpreises nicht nachträglich Schadensersatz verlangen, weil die Preise höher gewesen seien als die der Konkurrenz.

2. **RG.** JW. **14** 1077 Nr. 2, R. **14** Nr. 2857. Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der Leistung.

§ 317. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 72 ff. § 317 BGB. enthält einen gesetzlich geregelten Fall einer Verfügung zugunsten Dritter (vgl. § 328 Ziff. 1).

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

§ 320. 1. Goldbaum, Rechte und Pflichten des Schauspielers 8. Die Anwendung der §§ 320—327 BGB. auf den Bühnendienstvertrag ist ausgeschlossen.

2. ElsLothJZ. **14** 227 (Colmar). Der Kapitalbeschaffungsvertrag behufs Gründung einer Kapitalgesellschaft ist weder Auftrag, noch Werkvertrag, noch Dienstvertrag oder Mäklervertrag, sondern ein gegenseitiger Vertrag eigener Art, auf den die §§ 320 ff. BGB. Anwendung finden.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2404. Ein gegenseitiger Vertrag kann vorliegen, obwohl äußerlich einzelne selbständige Verträge geschlossen und beurkundet sind.

4. **RG.** R. **14** Nr. 2858. Ist der Besitz eines verkauften Grundstücks vor der Auflassung übergeben, später aber (vor der Auflassung) durch vertragswidriges Verhalten des Verkäufers wieder verloren gegangen, so ist die Verpflichtung zum Schadensersatze durch Wiederverschaffung des Besitzes gegenüber dem Anspruche des Verkäufers auf Entgegennahme der Auflassung eine Verpflichtung zur Vorleistung.

5. **RG.** R. **14** Nr. 2044. Auch wenn die Gegenleistung in Bestellung einer Hypothek besteht, ist teilweise Zurückbehaltung möglich.

§ 321. OLG. 28 75 (Hamburg). Im § 321 ist nicht vorgeschrieben, daß der Vorleistungspflichtige den anderen zur Vorausbezahlung (Sicherheitsleistung) auffordern müsse, es ist vielmehr Sache des anderen Teiles, Vorausbezahlung (Sicherheitsleistung) anzubieten, wenn der Fall des § 321 vorliegt und deshalb der Vorleistungspflichtige seine Leistung zurückhält.

§§ 321, 322. *Adler, Leipz. Z. **13** 815—826. Die Pflicht zur Nachleistung wird nicht fällig, bevor der Vorleistungspflichtige geleistet hat. Der Nachleistungspflichtige braucht sich nicht darauf zu berufen, daß er die Vorleistung nicht empfangen hat, wenn er vorher belangt wird. Ihm steht eine Einwendung, nicht bloß eine Einrede zu. Zweifelhaft ist, ob der bloße Annahmeverzug des Nachleistungspflichtigen die Nachleistungspflicht in Lauf setzt und, wenn keine solche Frist bedungen ist, die Nachleistung fällig macht. Es wird nachgewiesen, daß die Verurteilung zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung (§ 322 BGB.) Verurteilung zu einer fälligen Leistung ist, deren Fälligkeit bis zur Vollstreckungserklärung mit der Wirkung aufgehoben werden kann, daß die Vollstreckung verweigert wird. Aus den Protokollen wird nachgewiesen, daß die Frage, ob die Nachleistung fällig und daher klagbar ist, nicht nur davon abhängt, ob der Nachleistungspflichtige die Annahme verzieht (nicht vorzieht, wie fälschlich S. 819 gedruckt ist), sondern auch davon, ob seither eine etwa bedungene Nachleistungsfrist abgelaufen ist. Nach § 726 Abs. 1 und § 730 Abs. 2 ZPO. hat der Vorsitzende einem Urteil auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung nach Anhörung des Schuldners oder beider Teile die Vollstreckungsklausel zu versagen, wenn er an der Fortdauer des Annahmeverzugs zweifelt. Solange die Nachleistungsfrist nicht verstrichen ist, ist die Klage als Klage auf künftige Leistung in der Regel verfrüht. Der geklagte Vorleistungspflichtige hat sein Recht auf die Gegenleistung und dessen gegenwärtige Gefährdung zu beweisen. Der Kläger hat demgegenüber nach § 321 BGB. zu beweisen, daß die Gefährdung schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestand. Sonst erfolgt trotz der Vorleistungspflicht die Verurteilung des Vorleistungspflichtigen, nur mit dem Beisatze „Zug um Zug", „gegen Gegenleistung" oder „Sicherheitsleistung" (§§ 321, 322 Abs. 1 BGB.). Der Nachleistungspflichtige gerät selbst dann in Annahmeverzug, wenn er zwar bereit ist, die

Vorleistung anzunehmen, die verlangte Gegenleistung (nach § 321 BGB. auch Sicherheitsleistung) aber nicht anbietet. Ist der Nachleistungspflichtige in Annahmeverzug, so kann der Vorleistungspflichtige nach § 322 Abs. 2 auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen. Befand sich der Vorleistungspflichtige bei Abschluß des Geschäfts über die Zahlungsfähigkeit des Nachleistungspflichtigen im Irrtume, so läßt die herrschende Praxis Anfechtung nach den Irrtumsregeln zu. Diese Ansicht wird als unvereinbar mit der Rechtskonsequenz bekämpft und für die wenigen Fälle, wo das Gesetz den Irrenden ohne jene Annahme des RG. schutzlos ließe, die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 321 BGB. begründet.

§ 325. 1. *v. Gierke, IheringsJ. **64** 390 ff. Für das gesetzliche Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung ist bei dauernden Schuldverhältnissen kein Raum. An die Stelle tritt hier das Recht fristloser Kündigung. Dies muß auch ohne spezielle Gesetzesvorschrift in geeigneten Fällen gewährt werden. So namentlich bei Sukzessivlieferungsverträgen (vgl. über diese auch S. 362).

2. **a)** Schreiber, LeipzZ. **14** 167. Ist ein Samenzüchter infolge Mißernte nicht imstande, allen Abkäufern die verkaufte Samenmenge zu liefern, so hat er gegenüber dem Schadensersatzanspruch eines nicht vollbefriedigten Käufers zu beweisen, 1. daß er nur soviel verkauft hat, wie er nach vorsichtiger Berechnung unter Einschaltung der normalen Mißerntengefahr verkaufen durfte, und daß er die Mißernte nicht selbst verschuldet hat. Soweit sich hiernach ein Verschulden ergibt, ist er jedem Kunden prozentual ersatzpflichtig; 2. daß er die Ernte gleichmäßig und restlos verteilt hat. **b)** Ebenso OLG. **28** 65, NaumburgAK. **14** 1 (Naumburg), abw. von NaumburgAK. **13** 71 und **RG. 84** 125, JW. **14** 464 Nr. 4 (unter Abänderung des letzterwähnten Urteils). Gegen Schreiber Kluckhohn, R. **14** 263, hiergegen wieder Schreiber, R. **14** 295. — Josef, R. **14** 357 hält die Entscheidung des RG. nur deshalb für richtig, weil es sich auf einen Handelsgebrauch stützen konnte. **c)** Heuer, LeipzZ. **14** 370. Ist Samen bestimmter Zucht verkauft, so kann betr. der Frage, ob dem Verkäufer die Leistung möglich oder unmöglich ist, nicht dessen Verhältnis zu einem beliebig herausgegriffenen Käufer für sich betrachtet werden, es müssen vielmehr die gesamten Leistungspflichten als ein einheitliches wirtschaftliches Ganzes angesehen, und es muß also gefolgert werden, daß mit der teilweisen Unmöglichkeit der Gesamtlieferungspflicht auch jedem einzelnen Käufer gegenüber die Leistung teilweise unmöglich, teilweise möglich ist, und der Verkäufer diesem Verhältnisse gemäß zu erfüllen hat. **d)** S. auch §§ 275, 279, 281.

3. **RG.** JW. **14** 921 Nr. 6. Wer auf eine Fristbestimmung des anderen Teiles zur Vornahme der Spezifikation ein Rücktrittsrecht wegen andauernd mangelhafter Lieferung nicht ausgeübt hat, kann es im Prozesse nicht mehr geltend machen. Er brauchte die Aufforderung jedoch nicht zu befolgen, wenn der andere Teil nicht imstande war, vertragsmäßig zu liefern.

4. OLG. **28** 82 (Hamm). Geschäftsaufgabe des Lieferanten kann nach den Umständen des Falles auch bei der Erfüllungsbereitschaft einer anderen Firma den Rücktritt des anderen Teiles vom Weinlieferungsvertrage rechtfertigen.

5. **RG.** R. **14** Nr. 1086. Sind die Parteien eines Lizenzvertrags davon ausgegangen, daß das den Gegenstand bildende Verfahren noch nicht allgemein bekannt und nicht ohne weiteres der Nachahmung durch Sachverständige zugänglich sei, so hat der Lizenzgeber der Vertragspflicht nicht schon dadurch genügt, daß er dem Lizenznehmer die Anwendung der Verfahrens ermöglichte, er hat ihn vielmehr nicht nur überhaupt in der vertragsmäßigen Ausnutzung nicht zu stören, sondern auch bezüglich der Geheimhaltung die Pflicht, seine Stellung nicht zu beeinträchtigen.

6. OLG. **28** 156 (München). Wer ein Flugzeug gegen Entgelt zu Schauflügen überläßt, haftet dafür, daß es ausprobiert ist und ihm nicht Mängel anhaften, denen hätte abgeholfen werden können.

§ 326. Literatur: Hopmann, Verzug des Käufers eines Erwerbsgeschäfts mit der Übernahme, JW. **14** 341. — Lesser, Hat der Vorleistungspflichtige bei Erfüllungsweigerung des Nachleistungspflichtigen ein Zurückbehaltungsrecht? JW. **14** 508 f.

I. Allgemeines. 1. Hopmann. Die gesetzlichen und durch die Rechtsprechung entwickelten Regeln vom Abnahmeverzug und seine Folgen sind entsprechend auch auf die Säumnis des Käufers mit der Übernahme des Geschäftsbetriebs anzuwenden.

2. *Lesser, JW. **14** 508 f. Infolge der Erfüllungsweigerung des einen Teiles hat der andere Teil nicht nur das Recht, vom Vertrage zurückzutreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, sondern auch das Recht, Schadensersatz neben Erfüllung und ferner Rücknahme der Erfüllungsweigerung als Naturalrestitution nach § 249 BGB. zu verlangen. Letzterer Anspruch gibt dem Vorleistungspflichtigen bei Erfüllungsweigerung des Nachleistungspflichtigen ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB.

II. Verzug. 1. OLG. 28 76 (Braunschweig). Die Mahnung kann mit der Nachfristsetzung verbunden werden (**RG. 50** 262, JW. **10** 332).

2. **RG.** JW. **14** 242 Nr. 4, R. **14** Nr. 1808, WarnE. **14** 103. Die Setzung einer Nachfrist vor der Erfüllungsweigerung des anderen Teiles (im Laufe eines Meinungsaustausches über die noch nicht fälligen Leistungen) ist unwirksam.

3. OLG. 28 76 (Braunschweig). Bei Zug-um-Zug-Leistung wird mit der Schuld des Verkäufers gleichzeitig auch die Schuld des Käufers fällig, ohne daß es dabei im allgemeinen eines Angebots bedarf. Eine Ausnahme gilt jedoch beim Distanzkaufe.

4. OLG. 28 78 (Dresden). Ist mit dem Verkauf eines Herstellungsrechts die Verpflichtung des Verkäufers verbunden, für die Erzeugnisse des Käufers zu reisen, so rechtfertigt die Nichterfüllung der Reiseverpflichtung noch nicht den Rücktritt vom Kaufvertrage.

5. **RG.** R. **14** Nr. 2860. Dem zur Vertragserfüllung rechtskräftig verurteilten Schuldner kann trotz der Rechtskraft des Urteils ein Rücktrittsrecht aus § 326 BGB. noch zustehen, wenn die sämtlichen Voraussetzungen nach dem Erlasse des Urteils entstanden sind.

III. Positive Vertragsverletzung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2629. Die bösliche Vereitelung des Vertragszwecks berechtigt den Gegner stets zum Rücktritt.

2. R. **14** Nr. 326 (Hamburg). Hält der Käufer den Verkäufer unter Vorbringen unbegründeter Mängeleinrede mit der Bezahlung des Kaufpreises hin, so kann der Verkäufer weitere Lieferungen auf Kredit wegen positiver Vertragsverletzung verweigern.

3. OLG. 28 84 (Colmar). Das vertragswidrige Verlangen eines höheren Kaufpreises rechtfertigt als positive Vertragsverletzung den Rücktritt des Käufers.

IV. Notwendigkeit eigener Erfüllungsbereitschaft. 1. SchleswHolstAnz. **14** 139 (Kiel). Die Rechte aus § 326 BGB. kann nur derjenige geltend machen, der selbst vertragstreu geblieben ist.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2705. Durch Fristsetzung gemäß § 326 BGB. kann sich ein Verkäufer die dort vorgesehenen Rechte nicht verschaffen, wenn er selbst nicht imstande ist, zu erfüllen (JW. **04** 169 Nr. 11).

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 151, R. **14** Nr. 753. Wer von einem Vertrage, zumal einem für eine Reihe von Jahren geschlossenen Sukzessivlieferungsvertrage, wegen Verzugs des Schuldners zurücktreten will, muß sich selbst bei der in Frage kommenden Verzugsetzung und Nachfriststellung streng an den Vertrag und das Gesetz gehalten haben.

4. R. **14** Nr. 752 (Stuttgart). Der in Annahme- und Zahlungsverzug befindliche Käufer kann, auch wenn er nachträglich abruft und dadurch seinen Annahmeverzug heilt, nicht mehr wegen Nichtlieferung gemäß § 326 zurücktreten, wenn er nicht auch den Zahlungsverzug heilt.

V. Fristsetzung. 1. **RG.** JW. **14** 1038 Nr. 3. In der Erklärung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, liegt nicht ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht.

2. **RG.** WarnE. **14** 65. Die Erklärung, nach Fristablauf die Annahme der Leistung abzulehnen, muß zwar nicht notwendig in den vom Gesetze gebrauchten Worten geschehen, aber sie muß in bestimmter endgültiger Weise klar zum Ausdruck bringen, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Annahme der Lieferung ablehnen werde.

3. PosMSchr. **14** 63 (Posen). Ob die nach dem Fristablauf abgegebene Erklärung, man trete vom Vertrage zurück und behalte sich seine Schadensersatzansprüche vor, als Rücktritt oder als Schadensforderung wegen Nichterfüllung aufzufassen ist, ist Auslegungsfrage.

4. OLG. **28** 158, R. **14** Nr. 751 (Hamburg). Ein ungerechtfertigtes Verfahren nach § 326 ist unschädlich, wenn die betreffende Partei sich noch vor Ablauf der Lieferfrist unter erkennbarem Aufgeben ihres Standpunkts zur Annahme der Leistung bereit erklärt.

VI. Dauer der Frist. OLG. **28** 160 (Braunschweig). Der Verkäufer hat keinen Anspruch darauf, daß die Frist ausreicht, um mit den zur Bewirkung der Lieferung erforderlichen Maßnahmen überhaupt erst zu beginnen. Hat die Lieferfrist gar schon begonnen, so kann der Käufer annehmen, daß es sich nur noch um Ausführung der Lieferung selbst handelt. Hält der Verkäufer die Frist nicht für ausreichend, so ist er verpflichtet, dies dem Käufer unter Angabe der Gründe und Mitteilung des Lieferungstermins zu erklären.

VII. Wirkung der Fristsetzung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2859. Die Androhung, daß nach Ablauf der gesetzten Frist die Annahme der Leistung abgelehnt werde, schließt das Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs nicht aus, wenn die Parteien über den Fortbestand dieses Anspruchs einverstanden gewesen sind.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1087. Hat der eine Vertragsteil angebliche Vertragsverletzungen und deren Folgen früher zur Ableitung von Entschädigungsansprüchen benutzt, so kann er nicht dieselben Vorkommnisse nochmals zur Begründung eines den Vertrag beseitigenden Rücktritts verwerten.

3. SeuffA. **69** 108 Nr. 58 (Hamburg). Durch Androhung des Selbsthilfeverkaufs verliert der Verkäufer nicht den Anspruch auf Erfüllung.

VIII. Schadensersatzanspruch. **RG.** **83** 279, JW. **14** 142 Nr. 3, R. **14** Nr. 31. Verlangt der Besteller bei Verzug des Unternehmers Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so tritt an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile ein Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entsteht, daß infolge des Verzugs der Vertrag nicht so, wie vereinbart, erfüllt wird. Der Schaden ist nicht für sich zu ermitteln und gegen den Werklohn oder den fälligen Werklohnteil aufzurechnen. Der schadensersatzpflichtige Unternehmer hat aus dem Vertrag überhaupt nichts mehr zu fordern; sein fälliger Teillohn hat nur die Bedeutung eines die Höhe der Ersatzforderung beeinflussenden Rechnungsbetrags.

§ 327. **RG.** R. **14** Nr. 1088. Bei einem gegenseitigen Vertrage, in dem die Beteiligten sich mit Bezug auf dasselbe Rechtsverhältnis zu mehreren Leistungen verpflichten, stehen die mehreren beiderseitigen Leistungen sich regelmäßig in ihrer Gesamtheit gegenüber, und die einzelnen Leistungen des einen Teiles sind nicht als durch diese oder jene Einzelleistung des anderen Teiles abgegolten anzusehen.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 328. Literatur: Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter. München 1914.

1. *Kluckhohn. Entgegen der herrschenden Lehre ist im Anschluß an eine im bisherigen Rechte schon mehrfach vertretene Lehre anzunehmen, daß es auch nach dem BGB. neben den obligatorischen Verträgen zugunsten Dritter Verfügungen zugunsten Dritter gibt. Das BGB. enthält allerdings keine ausdrücklichen Vorschriften über die Verfügungen zugunsten Dritter. Es kennt aber einmal eine Reihe von gesetzlichen Bestimmungen, die die Möglichkeit, zugunsten eines Dritten zu verfügen, feststellen oder stillschweigend voraussetzen (vgl. §§ 267, 317, 414, 423 BGB.). Sodann kommt den Verpflichtungsverträgen zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB.) und diesen einzelnen vom Gesetz anerkannten Verfügungen zugunsten Dritter in unserem Rechtssystem eine Bedeutung zu, die über diese konkreten Bestimmungen (vgl. auch die Erbverträge zugunsten Dritter) hinausführt zur Aufstellung des allgemeinen Rechtsgedankens, daß ein Rechtsgeschäft nach dem Willen der Parteien auch zugunsten eines an seiner Vornahme unbeteiligten Dritten unmittelbare Wirkungen ausüben kann. Aus diesem allgemeinen Satze ergibt sich dann in Verbindung mit der Tatsache einer vereinzelten gesetzlichen Statuierung der Verfügungen zugunsten Dritter wieder eine Anerkennung allgemein der Verfügungen zugunsten Dritter, und eine Regelung dieser letzteren Verfügungen muß im Wege der analogen Anwendung der Bestimmungen über den Verpflichtungsvertrag zugunsten Dritter erfolgen. Auch das praktische Bedürfnis für die Möglichkeit, zugunsten eines Dritten zu verfügen, als Voraussetzung einer solchen analogen Anwendung ist vorhanden. Es gibt aber nur einen Verfügungsvertrag, nicht einseitige Verfügungen zugunsten Dritter. — Das Anwendungsgebiet dieser Verfügungen zugunsten Dritter ist hauptsächlich das Sachenrecht (die Einigung im Liegenschaftsrecht, im Fahrnisrecht und im Besitzrechte kann zugunsten Dritter getroffen werden) und das Recht der Schuldverhältnisse (vor allem Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß, Forderungsabtretung zugunsten Dritter). Auch im Eherechte gibt es grundsätzlich Verfügungen zugunsten Dritter, ihre praktische Notwendigkeit steht aber noch dahin. — Die Wirkung der Verfügung zugunsten Dritter besteht allgemein darin, daß der Dritte unmittelbar aus der Verfügung eine zurückweisbare, auch als widerruflich zu gestaltende, allen Einwendungen aus dem Verfügungsvertrag unterliegende Begünstigung erlangt.

2. **RG.** R. **14** Nr. 183. Soll der Dritte nicht bloß Rechte erhalten, sondern auch Verpflichtungen übernehmen, so kann dies nur durch unmittelbaren Vertragsschluß mit ihm geschehen.

3. **RG. 84** 349. Werden bei einer Bank Zahlungen zugunsten einer bestimmten Person bewirkt, so erwirbt diese unmittelbar einen Anspruch auf Zuführung des Betrags.

4. **RG.** LeipzZ. **14** 1128. Eine Vereinbarung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, wonach dieser sich jenem zur Bestellung einer Hypothek zugunsten des Gläubigers verpflichtet, kann nach Maßgabe der §§ 328 ff. BGB. auch für den Gläubiger einen Anspruch auf Bestellung der Hypothek begründen.

5. **RG. 83** 216, JW. **14** 94 Nr. 23. Verpflichtungen gesellschaftlicher Natur können von den Gesellschaftern als rein schuldrechtlich wirkende Verpflichtungen zugunsten der Gesellschaft begründet werden.

6. R. **14** Nr. 327 (Colmar). Wer eingeladene Gäste mittels eines Kraftfahrzeugs heimbefördern läßt, welches er zu diesem Zweck bestellt hat, schließt den Transportvertrag zugunsten der Gäste. Aus ihm werden die Gäste unmittelbar gegen den Fahrunternehmer berechtigt.

§ 334. OLG. **28** 161, 163 (Hamburg). Der Schuldner kann aus seinem Verhältnisse zum Versprechensempfänger eine Zurückbehaltungseinrede herleiten.

§ 335. *Prollius, PosMSchr. 14 74 f. Durch den Vertrag zugunsten Dritter wird für den Versprechenden ein Leistensollen, für den Dritten ein Bekommensollen begründet. Unter „Recht auf die Leistung" im Sinne des § 335 ist der Zugriff, d. h. das Recht aus der Haftung, zu verstehen; ob dem Dritten auch ein solches zustehen soll, ist allerdings Auslegungsfrage. Auf seiten des Versprechensempfängers kann nie ein Bekommensollen, sondern lediglich ein Zugriff vorliegen, dessen Inhalt hier die Herbeiführung des Leistungszwecks zugunsten des Dritten bildet. Aus dieser Ansicht folgt u. a., daß der Versprechensempfänger bei Verzug und verschuldeter Unmöglichkeit Schadensersatz an den Dritten fordern, dagegen nicht einseitig zurücktreten kann.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 339. **RG.** 1. GruchotsBeitr. **58** 931, JW. **14** 527 Nr. 4, LeipzZ. **14** 1114, R. **14** Nr. 1250. Die Vereinbarung der Verfallklausel, daß das geschuldete, sonst auf 3 Jahre unkündbare und dann mit bestimmten Beträgen jährlich abzahlbare Kapital sofort ohne Kündigung und Mahnung fällig sein solle, wenn die Zinszahlung nicht nach Eintritt der bestimmten Zinszahlungstermine und nach einer 14tägigen Respektsfrist binnen einer von dem Gläubiger zu setzenden Nachfrist von 14 Tagen erfolge, ist nicht die Vereinbarung einer Vertragsstrafe.

2. OLG. **28** 80 (Breslau). Ob nachträgliche Änderungen des Bauplans auf den Strafanspruch von Einfluß sind, hängt von dem aus den Umständen des Falles zu ermittelnden Willen der Parteien ab.

3. **RG.** R. **14** Nr. 184. Die für den Rücktrittsfall vereinbarte Vertragsstrafe ist auch verwirkt, wenn die Partei die vorbehaltene Genehmigung eines Dritten absichtlich durch falsche Angaben hintertreibt.

4. SächsOLG. **35** 235. Der Bauunternehmer kann die Abforderung einer Vertragsstrafe wegen verspäteter Fertigstellung des Werkes nicht ohne weiteres durch Berufung auf Aussperrung und Streik abwenden.

5. **RG.** JW. **14** 296 Nr. 4, LeipzZ. **14** 936, DJZ. **14** 437. Die sog. Streikklausel ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetze; sie muß von den Parteien vereinbart sein. Mangels einer solchen Abrede wird eine für die Verzögerung der Lieferung vereinbarte Vertragsstrafe verwirkt, wenn der Unternehmer sich dem Arbeitgeberverbande zur Aussperrung der Arbeiter bei Vermeidung einer hohen Vertragsstrafe verpflichtet hatte und diese Aussperrung die Fortsetzung der Arbeit hinderte.

6. **RG.** R. **14** Nr. 1970. Nach dem Vertrage kann die Vertragsstrafe auch ohne ein Verschulden des Verpflichteten verfallen.

7. Aubele, Wirkungen des § 5 AbzahlungsG. auf die Vertragsstrafe, JW. **14** 179. Während in der Regel der Gläubiger auch nach Zurücknahme der Kaufsache auf Grund des Eigentumsvorbehalts die verwirkte Vertragsstrafe noch einklagen kann, verliert der Abzahlungsgeschäftsgläubiger sofort mit der Zurücknahme der Sache den Anspruch auf die Vertragsstrafe. Er steht also schlechter.

8. Ulrich, Unterlassungsanspruch 211. Bei Unterlassungsansprüchen verfällt die Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung ohne Rücksicht auf Verschulden.

9. **RG.** JW. **14** 142 Nr. 5. Aus der Beschränkung des Wettbewerbsverbots auf eine bestimmte Zeit folgt, daß nur solche Handlungen als Wettbewerb gelten können, welche ihre nachteilige Wirkung auf den Geschäftsbetrieb des anderen schon während der Verbotszeit irgendwie äußern.

10. OLG. **28** 81 (Naumburg). Bei einem Wettbewerbsverbot „in einer Umgebung von 20 km von L." haben die Parteien zweifellos an einen Kreis gedacht, dessen Radius 20 km betragen sollte, und nicht an eine Fläche, deren Gestalt von der mehr oder minder geraden Führung der Straßen abhängig sein würde.

11. OLG. **28** 81 (Hamm). Der Geltendmachung des Strafanspruchs steht die Einrede der Arglist entgegen, wenn der Gläubiger erkannt hat, daß die Ver-

wirkung der Strafe erst durch die Arglist eines anderen herbeigeführt ist, um dem Gläubiger den in der Strafe liegenden Vermögensvorteil zuzuführen.

12. *Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 94 ff. Verfall der Vertragsstrafe, wenn im Zeitpunkte der Erfüllung die Leistung unmöglich war, nachher aber die Leistung möglich und dann doch nicht erfüllt wurde.

§ 341. 1. R. **14** Nr. 1251 (Cöln). Der Vorbehalt vor der Annahme, z. B. im Lieferungsvertrag, ist wirkungslos.

2. OLG. **28** 79 (Hamburg). Unter „Annahme" im Sinne des § 341 ist wie in §§ 363, 464, 640 eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung zu erblicken, daß man die Leistung als eine in der Hauptsache den vertraglich zu stellenden Anforderungen entsprechende ansehen und behalten wolle, vorbehaltlich der Geltendmachung etwaiger sich noch herausstellender Abweichungen von den Vorschriften des Vertrags. Deshalb ist mit einer solchen Annahmeerklärung die gleichzeitige Erhebung einer bestimmten Mängelrüge oder der Vorbehalt späterer Rügen sehr wohl vereinbar (ähnlich **RG. 57** 388, **59** 380, **71** 23, JW. **11** 486 Nr. 6).

3. LeipzZ. **14** 404 Nr. 1 (KG.). In der Ingebrauchnahme hergestellter Baulichkeiten ist nicht lediglich ein sachenrechtlicher Vorgang, sondern auch eine schuldrechtliche Annahme zu erblicken. Auf den formellen Akt der „Bauabnahme" kommt es dann nicht mehr an, wenn eine Abnahme des Werkes bereits anderweitig tatsächlich stattgefunden hat. Es genügt nicht, wenn ein Vorbehalt der wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung versprochenen Strafe vor der Abnahme in solcher Weise gemacht ist, daß das Fortwirken des Vorbehalts bei der Annahme unterstellt werden muß.

4. a) R. **14** Nr. 754 (Hamm). § 341 Abs. 3 BGB. ist nicht zwingendes Recht. b) **RG.** BayRpflZ. **14** 100, LeipzZ. **14** 928 Nr. 4, R. **14** Nr. 598. Es kann vereinbart werden, daß der Vorbehalt des Rechtes auf die Vertragsstrafe bei der Erfüllungsannahme nicht erforderlich sein soll.

§ 343. OLG. **28** 97 (Stettin). § 343 BGB. ist auch auf die in einer Gesellschaftssatzung bestimmte „Konventionalstrafe" für Nichtlieferung einer Milchmenge anwendbar.

§ 345. RG. JW. **14** 73 Nr. 4. Wenn der Gläubiger die Zahlung einer Vertragsstrafe beansprucht, so hat er die Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit und die etwa notwendige Mahnung darzutun. Sache der Einrede des Schuldners ist der Nachweis, daß er erfüllt habe oder daß die Erfüllung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unterblieben sei.

Fünfter Titel. Rücktritt.

§ 346. 1. **RG.** R. **14** Nr. 907. Rücktritt wegen veränderter Umstände kann als stillschweigend zugelassen gelten.

2. **RG.** JW. **14** 865 Nr. 5. Beiderseitige Rücktrittserklärung ergibt keine auf Vertragsauflösung gerichtete Willenseinigung.

3. **RG.** JW. **14** 467 Nr. 7. Wer wandeln will, hat nicht das Recht, Teile der empfangenen Sache nach seinem Belieben für sich zu behalten und den Gegner auf einen Ersatzanspruch zu verweisen.

4. *Grieshaber. Über Wesen des im RGes. über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 genannten Rücktritts s. Bem. zu § 16 VVG.

5. **RG** WarnE. **14** 71. Der Grundsatz des § 346 Abs. 2 ist auch auf andere Fälle der Unmöglichkeit der Rückgewähr anzuwenden.

§ 347. OLG. **28** 85 (Königsberg). § 347 findet auf das gesetzliche Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung.

§ 349. RG. R. **14** Nr. 1811. Der Grund des Rücktritts braucht in der Rücktrittserklärung nicht angegeben zu werden.

§ 351. 1. **RG.** WarnE. **14** 206. Wer wandeln will, hat nicht das Recht, Teile der empfangenen Sache nach seinem Belieben für sich zu behalten und den Gegner auf einen Ersatzanspruch zu verweisen.

2. OLG. 28 165 (KG.). Die Weiterveräußerung des Kaufgegenstandes im Laufe des Rechtsstreits ohne Aufnahme der Verpflichtung in den neuen Kaufvertrag, daß der Erwerber den Gegenstand erforderlichenfalls zurückzugeben habe, muß als ein Verschulden im Sinne des § 351 angesehen werden.

§ 354. OLG. **28** 85, ElsLothJZ. **14** 453 (Colmar). Einer Fristbestimmung bedarf es nicht, wenn der Rücktrittsberechtigte den Gegenstand nicht herausgeben kann oder will.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Erfüllung.

§ 362. 1. *v. Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, JheringsJ. **64** 256. Der Satz, daß das Schuldverhältnis durch Erfüllung erlischt, paßt nicht auf dauernde Schuldverhältnisse. Diese sind von vorübergehenden Schuldverhältnissen begrifflich zu scheiden; bei ihnen ist die geschuldete Leistung nicht wie bei letzteren in einem Zeitpunkte, sondern während eines Zeitraums zu bewirken. Dazu gehören die Verpflichtungen zu einem dauernden Unterlassen, zu einem kontinuierlichen Tun und zu wiederkehrenden Leistungen. Hier ist die Erfüllung nur Beendigungsgrund für die aus der Dauerverpflichtung entspringenden vorübergehenden Einzelverpflichtungen, während das dauernde Schuldverhältnis als solches durch die Erfüllung nichts an Lebenskraft einbüßt; es wird weder erst mit der Vollendung der geschuldeten Leistung erfüllt, noch während seines Bestandes durch Teilerfüllungsakte teilweise beendigt. Normaler Beendigungsgrund aller dauernden Schuldverhältnisse ist Zeitablauf, das hauptsächliche Mittel der Verkürzung ihrer Lebensdauer befristete oder fristlose Kündigung.

2. Ulrich, Unterlassungsanspruch 223. Auch Unterlassungsansprüche sind der Erfüllung zugänglich. Der Erfüllungswille ist hier bedeutungslos.

3. OLG. 28 86 (Celle). Die Überweisung auf das Bankkonto des Gläubigers durch den Schuldner hat schuldtilgende Wirkung nur bei Einwilligung oder Genehmigung des Gläubigers.

4. BadRpr. **14** 21 (Karlsruhe). Die im Wege der vorläufigen Vollstreckung erfolgte Wegnahme und Ablieferung des urteilsmäßigen Betrags führt erst in dem Zeitpunkte zum endgültigen Erlöschen des Schuldverhältnisses, wo das Urteil rechts-kräftig wird.

§ 363. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 277 Nr. 2. Der Begriff der Annahme als Erfüllung erfordert, daß der Wille des Gläubigers darauf gerichtet ist, die Leistung als die gekaufte Sache anzunehmen und sie zu behalten, falls sich nicht etwa die Berechtigung zur Wandelung ergeben sollte.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2046. Ein Kraftwagen ist als Erfüllung angenommen, wenn mit ihm größere Fahrten von mehreren tausend Kilometern zurückgelegt sind.

3. Ader, GrünhutsZ. **39** 511 ff., 527. § 363 BGB. findet auf die angenommene Spezialisierung keine Anwendung.

§ 364. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 274. Im Zweifel ist nach allgemeiner Anschauung, die in der Rechtsprechung des RG. ständig festgehalten worden ist (**RG. 31** 109, **35** 196) und auch im § 364 Abs. 2 BGB. Ausdruck gefunden hat, im Falle der Hingabe von Wechseln seitens des Schuldners oder eines Dritten an den Gläubiger zum Zwecke der Tilgung einer Forderung des letzteren nicht anzunehmen, daß eine Hingabe an Zahlungs Statt beabsichtigt gewesen sei.

§ 365. Über die Wirkung des Gewährleistungsanspruchs vgl. *Dickel **Heft 3** Erl. 68 ff.

§ 366. OLG. **29** 215 (Posen). § 366 Abs. 2 ist auf Vollstreckungsleistungen anzuwenden, wenn es sich um mehrere Forderungen aus e i n e m Titel handelt.

§ 368. OLG. 28 87 (Rostock). Ist streitig, ob die Quittung sich auf den Klaganspruch bezieht, so trifft den Schuldner die Beweislast, wenn er Erfüllung geltend macht.

Zweiter Titel. Hinterlegung.

§ 372. 1. *K l u c k h o h n, Die Verfügungen zugunsten Dritter 61 ff. Bei der Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung erwirbt der Gläubiger das Eigentum an der hinterlegten Sache, und zwar wird der Gläubiger von dem Augenblicke des Ausschlusses des Rücknahmerechts für den Schuldner an mittelbarer Besitzer ohne jede Mitwirkung von seiner Seite, während die Einigung zwecks Eigentumsübertragung darin liegt, daß der Gläubiger die Offerte, die der Schuldner mit der Hinterlegung macht, durch die Annahmeerklärung gemäß § 376 Abs. 2 Nr. 2 BGB. gegenüber der Hinterlegungsstelle als Vertreterin des Schuldners annimmt.

2. *F r a e b, ZStW. **35** 589 ff. (s. oben zu §§ 119, 123, 164 BGB.). In der vom Vermittler schuldhaft veranlaßten Nichtanwendung der nach § 372 dem Besteller eingeräumten Befugnis liegt eine vom Vermittler schuldhaft herbeigeführte Vermögensbeschädigung des Bestellers, nämlich der Verlust der erleichterten Erfüllungsleistung und die damit eingetretene Unsicherheit der Erfüllungswirkung. Daran wird auch nichts durch etwa für den Besteller gegebene Anfechtungs-, Regreß- oder Bereicherungsklagen geändert.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 836, BayRpflZ. **14** 148, JW. **14** 466 Nr. 6, R. **14** Nr. 755. Eine auf Grund des § 769 ZPO. geleistete Sicherheit kann durch Verzicht auf das Rücknahmerecht in eine Hinterlegung nach § 372 BGB. umgewandelt werden, sofern dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz aus der Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht erwachsen ist.

§ 378. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 836. Eine prozessuale Hinterlegung kann durch Verzicht auf die Rücknahme schuldbefreiende Wirkung erlangen.

§ 383. R ö m e r, R. **14** 358. Die Art der öffentlichen Bekanntmachung bestimmt sich nach Treu und Glauben.

Dritter Titel. Aufrechnung.

L i t e r a t u r: J o s e f, Aufrechnung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander, VerwA. **22** 369 ff. — T r a u m a n n, Einwirkung der Abtretung der Werkvertragsforderung auf die Aufrechnungsmöglichkeit, GruchotsBeitr. **58** 793—800.

§ 387. 1. J o s e f. Durch die Rechtseinrichtung der Aufrechnung soll vermieden werden der Austausch von Zahlungen, der wirtschaftlich zwecklos wäre; dieser rechtspraktische Zweck nötigt zu der Annahme, daß die Aufrechnung auch zulässig ist gegenüber Ansprüchen und mit Ansprüchen, die dem ö f f e n t l i c h e n Rechtsgebiet angehören. Die Gleichartigkeit der Forderungen (§ 387 BGB.) ist auch hier, obwohl die Forderungen verschiedenen Rechtssystemen erwachsen sind, vorhanden. Voraussetzung der Zulässigkeit der Aufrechnung ist dabei aber, daß die Behörde, bei der der Rechtsstreit anhängig ist, auch zuständig ist zur Entscheidung über den Anspruch, der durch die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung geltend gemacht wird. Daher kann der Straßenanlieger, der von der Gemeinde vor dem Verwaltungsgerichte wegen Straßenkostenbeiträge verklagt wird, mit dem Erstattungsanspruche wegen zu Unrecht erhobener Straßenkostenbeiträge aufrechnen, und ebenso ist die Aufrechnung zulässig in Streitsachen von Armenverbänden auf Erstattung von Unterstützungskosten. Dagegen kann ein von der Gemeinde vor dem Verwaltungsgericht auf Leistung einer Kommunalabgabe Herangezogener Ansprüche aus privatrechtlichen Verbindlichkeiten der Gemeinde, nicht zur Aufrechnung stellen und die Gemeinde, die aus einer privatrechtlichen Verbindlichkeit vor dem ordent-

lichen Gerichte verklagt wird, kann eine Forderung auf eine Kommunalabgabe nicht zur Aufrechnung stellen. In diesem letzteren Falle ist die Gemeinde schlechthin nach dem Klagantrage zu verurteilen; weder kann das ordentliche Gericht ein Vorbehaltsurteil (§ 302 ZPO.) erlassen, noch kann es gemäß § 148 das. das Verfahren bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts aussetzen. Denn hier bedarf nicht, wie § 148 ZPO. voraussetzt, der eingeklagte Anspruch, sondern die Gegenforderung des aufrechnenden Beklagten der verwaltungsgerichtlichen Feststellung.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2861. Die vertragsmäßige Aufrechnung setzt Gegenseitigkeit der Forderungen nicht voraus (**RG. 72** 378, R. **10** Nr. 854).

3. OLG. 28 89 (Colmar). Gegen den Anspruch auf Herausgabe der hinterlegten Urteilssumme kann der Fiskus mit Gerichtskostenforderungen nicht aufrechnen.

4. **RG. 84** 8, BayRpflZ. **14** 103, WarnE. **14** 158. Aus dem dem § 406 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedanken folgt, daß dem Ersteher eine Aufrechnungsmöglichkeit nicht dadurch entzogen werden kann, daß die im § 118 ZVG. geordnete Übertragung anstatt auf den eigentlich Berechtigten auf Grund einer unwirksamen Abtretung an den Abtretungsempfänger erfolgt.

5. **RG.** R. **14** Nr. 1672. Durch die Gutschrift von Scheckbeträgen auf seinem Konto wird der Kunde einer Bank nicht deren Gläubiger; auf Grund dieser Gutschrift kommt daher eine Aufrechnung nicht in Betracht.

6. **RG.** JW. **14** 402 Nr. 3, R. **14** Nr. 1814. Der Hypothekengläubiger oder der Grundschuldgläubiger ist nicht berechtigt, mit seinem dinglichen Anspruche gegen eine persönliche Forderung des Grundstückseigentümers wider dessen Willen aufzurechnen.

7. *D i c k e l, Rechtsf. Heft 3, Erl. 59 ff. Die Gleichartigkeit fehlt, wenn aufgerechnet werden soll mit einer Forderung auf Zahlung eines geschuldeten Geldbetrags gegen die Klage aus einem Darlehnsvorvertrag auf Gewährung eines Darlehens, weil in dem letzteren Falle die Verpflichtung der Beklagten nicht auf Zahlung eines Geldbetrags, sondern auf Abschluß des Realvertrags geht.

§ 388. 1. **RG.** R. **14** Nr. 328. Zur Aufrechnung ist eine ausdrückliche Erklärung unter Gebrauch dieses Wortes n i c h t vorgeschrieben. Es genügt die Kundgabe des Willens, nichts mehr zu schulden, in Verbindung mit der Tatsache, daß für das Erlöschen der Schuld nur Aufrechnung in Betracht kommen kann.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2862. B e s t i m m t h e i t d e r A u f r e c h n u n g s e r k l ä r u n g. Die zur Anbahnung eines Vergleichs erklärte Bereitwilligkeit zur Verrechnung ist keine Aufrechnungserklärung.

§ 389. 1. B e r l i n, BayRpflZ. **14** 204. Eine Gegenforderung, die nicht zur Aufrechnung verwendet werden darf, kann auch nicht zum Gegenstand einer Widerklage gemacht werden; aM. F ü r n r o h r, BayRpflZ. **14** 251.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1971. In der Erhebung der Widerklage auf den vollen Betrag der Gegenforderung kann ein Aufrechnungsverzicht liegen.

§ 390. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1402. Ein Anspruch auf Zahlung gegen Löschungsbewilligung kann nicht nur abgetreten, sondern vom Zessionar auch zur Aufrechnung verwendet werden, wenn die Löschung inzwischen anderweitig ohne Zahlung erfolgt ist.

2. OLG. 28 50 (KG.). § 390 Satz 2 ist entsprechend auf die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts anzuwenden.

§ 394. 1. **RG.** JW. **14** 917 Nr. 4, R. **14** Nr. 2409. Gegenüber der Berufung auf § 394 BGB. ist die Replik der Arglist zulässig.

2. **RG.** (Strafs.) GewuKfmG. **14** 423. Gegenüber einer unpfändbaren Lohnforderung ist auch die Aufrechnung mit einem Anspruch aus unerlaubter Handlung unzulässig (s. auch II zu § 273).

Vierter Titel. Erlaß.

§ 397. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2411. Der Erlaß unterscheidet sich grundsätzlich vom Vergleich durch das Fehlen eines gegenseitigen Nachgebens und durch das Entstehen eines Bereicherungsanspruchs, falls ein Rechtsgrund für den Erlaß fehlt.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1403. Unter ganz besonderen Umständen kann ein Verhalten als Verzicht auch auf unbekannte Rechte gedeutet werden (R. **13** Nr. 3240). Es kann jemand eine Rechtslage hinnehmen mit dem Willen, sie als das äußerste Maß der ihm zukommenden Vorteile gelten zu lassen, unbekümmert darum, ob weitere Rechte möglicherweise für ihn bestehen oder nicht.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2984. Ein Verzicht auf unbekannte Rechte kann nur bei voller Deutlichkeit der Willenserklärung festgestellt werden.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Literatur: Barth, Verfügungen über zukünftige Rechte, GruchotsBeitr. **58** 577 ff. — Josef, Neuere Streitfragen aus dem Gebiete der Abtretung, KGBl. **14** 125. — Traumann, Einwirkung der Abtretung der Werkvertragsforderung auf die Aufrechnungsmöglichkeit, GruchotsBeitr. **58** 793.

§ 398. 1. a) **RG.** JW. **14** 528 Nr. 6, LeipzZ. **14** 928 Nr. 5, R. **14** Nr. 2412. Die Übertragung einer Forderung ist nichtig, wenn sie unter der Vereinbarung erfolgt, daß die Befugnis, die Leistung vom Schuldner im eigenen Namen zu fordern, auf den neuen Gläubiger nicht übergehen soll. b) **RG.** SeuffA. **69** 89 Nr. 47. Die (dingliche) Abtretung einer Forderung ist nicht nichtig wegen Sittenwidrigkeit des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses.

2. Mayer, Durch den Krieg entstandene Zweifelsfragen, WürttRpflZ. **14** 231. Die Kriegsunterstützungen und die Leistungen, welche die von einzelnen Gemeinden eingerichteten Unterstützungsausschüsse gewähren, können nicht abgetreten werden.

3. **RG.** JW. **14** 528 Nr. 5, R. **14** Nr. 2632. Regelmäßig ist nicht anzunehmen, daß der Zedent dem Zessionar ein Vorrecht vor dem ihm verbleibenden Rest einräumen will.

4. **RG.** JW. **14** 866 Nr. 6, R. **14** Nr. 2415. Der von einem stillen oder mittelbaren Stellvertreter gemachte Erwerb einer Forderung kann von dessen Gläubigern in Anspruch genommen werden.

5. Abtretung künftiger Rechte. a) **RG.** PosMSchr. **14** 63, DJZ. **14** 939, R. **14** Nr. 2413, 2414. Die Frage nach der Abtretbarkeit künftiger Forderungen überhaupt ist vom RG. in wiederholten Entscheidungen bejaht worden (**RG. 55** 334, 402, **58** 72, **75** 225, **67** 168). Aber wenn danach die Abtretung zukünftiger Forderungen auch für zulässig zu erachten ist, muß sie doch diejenigen Erfordernisse erfüllen, an die eine jede Abtretung von Forderungen gebunden ist. Dazu gehört, daß der Gegenstand der Abtretung, der Inhalt der Forderung, bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein muß und daß der Abtretungsempfänger die Verfügungsmacht über die abgetretene Forderung erlangen soll und erlangt. Eine Abtretung allgemeinen Inhalts, die sich schlechthin auf alle Forderungen des Abtretenden, die gegenwärtigen und zukünftigen Außenstände aus seinem Geschäftsbetrieb erstreckt, ist, wie in **RG. 67** 166, JW. **11** 576 Nr. 10, WarnE. **13** 478 Nr. 400 ausgesprochen wurde, wegen der Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der zukünftigen Forderungen und der dadurch bedingten Ungewißheit des Inhalts und Gegenstandes des Rechtsgeschäfts rechtlich unwirksam. Daran ändert es auch nichts, daß ausgemacht ist, der Abtretende habe dem Abtretungsempfänger allmonatlich ein Verzeichnis der Außenstände einzureichen. Auch eine solche Vereinbarung ist, wie in WarnE. **13** 478 Nr. 400 ausgeführt wird, zur Ermöglichung zweifelsfreier Bestimmtheit um so weniger geeignet, als die Rechtsübertragung von der Aufnahme in die Verzeichnisse nicht abhängig gemacht sei. Noch schwerer wiegt aber gegen die

Gültigkeit der in der Urkunde erklärten Forderungsübertragung der Mangel, daß diese in Wahrheit dem Abtretungsempfänger (Zessionar) die Verfügungsgewalt über die Forderungen gar nicht überträgt. Es ist geradezu das Wesen der Rechtsübertragung, daß an die Stelle des bisherigen Berechtigten ein neuer tritt, der nunmehr nicht nur nach innen dem Übertragenden gegenüber, sondern auch nach außen den Verpflichteten gegenüber das Recht ausübt und dem darüber nach seinem Willen zu verfügen gestattet ist. Mit einer Forderungsübertragung verträgt es sich wohl und wird bei Sicherheitsübertragungen häufig vorkommen, daß der Abtretende von dem neuen Berechtigten, dem Abtretungsempfänger, ermächtigt wird, die Forderungen für dessen Rechnung einzuziehen; eine Abmachung aber, wonach dem Abtretenden schlechthin die weitere Verfügung über die übertragenen Forderungen verbleibt und er berechtigt ist, sie für sich geltend zu machen, den Einziehungsbetrag nach seinem Ermessen in seinem Geschäftsbetriebe zu verwenden, ist mit dem Wesen der Rechtsübertragung unvereinbar. Auch dies ist schon in **RG. 37** 103, 106 ausgesprochen worden. Eine solche Rechtsübertragung ist in Wirklichkeit keine; sie kann als ernstlich gemeint nicht angesehen werden. **b)** Barth, GruchotsBeitr. **58** 577 ff. Es gibt weder im Gesetze noch konstruktionell eine objektlose Verfügung. Eine Verfügung über ein zukünftiges Recht ist mithin ausgeschlossen.

6. Abtretung zur Sicherheit. **a)** **RG.** R. **14** Nr. 756. Die Abtretung zu Sicherungszwecken unterscheidet sich nach außen von der gewöhnlichen Abtretung nur, wenn der Sicherungszweck die Bedeutung einer auflösenden Bedingung hat. **b)** **RG.** LeipzZ. **14** 381 Nr. 2. Die Sicherheitsabtretung einer Forderung kann wirksam auch in der Form der Erteilung einer Einziehungsvollmacht erfolgen. **c)** **RG.** R. **14** Nr. 2986. Eine Legitimationszession kann auch mit der Abrede erfolgen, daß erst mit der Zahlung des ausbedungenen Kaufpreises der Erwerber nach außen als Rechtsträger gelten soll.

7. Diskontierung von Buchforderungen. KGBl. **14** 48 (KG.). In der Regel haftet die Gesamtheit der abgetretenen Forderungen für die jeweilige Darlehnsforderung, nicht aber die einzelne abgetretene Forderung für den auf sie gewährten Darlehnsbetrag.

8. Josef, KGBl. **14** 125. Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, daß er die Forderung unter einer aufschiebenden Bedingung einem Dritten abgetreten habe, und leistet der Schuldner dann noch vor dem Eintritt der Bedingung dem Zedenten Zahlung, so ist, wenn sodann die Bedingung eintritt, diese Zahlung nach § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB. dem Zessionar gegenüber unwirksam, und der Schuldner kann sich folglich auf diese Zahlung nicht berufen; der Ausnahmefall des § 161 Abs. 3 BGB. liegt nicht vor. War dagegen dem Schuldner unbekannt, daß die aufschiebend bedingte Abtretung erfolgt ist, so findet zu seinen Gunsten der § 407 BGB. Anwendung.

§ 399. 1. OLG. **28** 91, HansGZ. **14** Beibl. 85 (Hamburg). Ein Verstoß gegen § 399 BGB. macht die Abtretung nur im Verhältnisse zum Schuldner, nicht im Verhältnisse zum Abtretungsempfänger nichtig.

2. R. **14** Nr. 1815 (Hamburg). Der Anspruch aus einem Darlehnsvorvertrag kann, soweit er auf Auszahlung des Geldes gerichtet ist, abgetreten (und daher auch gepfändet) werden.

§ 401. 1. *Stillschweig, Die Ausbietungsgarantie, JW. **14** 334 ff. Abs. 1 bezieht sich auch auf die Rechte aus der Ausbietungsgarantie; auch sie gehen im Zweifel auf den neuen Gläubiger über.

2. **RG.** R. **14** Nr. 487. Die Vormerkung ist ein Nebenrecht im Sinne des § 401.

3. **RG.** R. **14** Nr. 1972. Bei der Abtretung einer Forderung geht der bereits entstandene Anspruch aus § 419 BGB. gegen den Erwerber des Vermögens des Schuldners ohne weiteres kraft Gesetzes über.

§ 404. 1. **RG. 83** 279, R. **14** Nr. 19. Begründet zur Zeit der Einwendung ist eine Einrede dann, wenn sie ihren Grund in dem Schuldverhältnisse hat, mögen auch die Tatsachen, infolge deren der in dem Schuldverhältnisse liegende Rechtsgrund der Einwendung wirksam wurde, erst nach der Abtretung eingetreten sein (**RG. 77** 158, GruchotsBeitr. **55** 639, R. **11** Nr. 309 u. 1521). Beim gegenseitigen Vertrag insbesondere muß der neue Gläubiger sich alle solchen Einwendungen entgegenhalten lassen, die sich erst aus der späteren Entwicklung des Rechtsverhältnisses ergeben (**RG. 72** 215, R. **09** Nr. 3323); ebenso **RG.** R. **14** Nr. 2244.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 1529. Einwendungen sind schon dann als zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet anzusehen, wenn damals auch nur ihr Rechtsgrund gegeben war, während es nicht darauf ankommt, ob die den Bestand des abgetretenen Rechtes beeinflussenden Tatsachen vor oder nach der Abtretung eingetreten sind (**RG. 72** 215, **77** 158, GruchotsBeitr. **55** 641, WarnE. **09** 317 Nr. 347). Das für die Aufrechnung insbesondere aufgestellte Erfordernis der Gleichartigkeit der gegeneinander aufzurechnenden Forderungen braucht, wie die sonstigen im § 387 BGB. bez. Voraussetzungen, erst im Zeitpunkte der Aufrechnung vorzuliegen.

§ 405. 1. OLG. **28** 93 (Rostock). Ist die erste Abtretung als wirksam zu betrachten, so ist eine weitere Abtretung ohne Rücksicht darauf wirksam, ob derjenige, dem weiter abgetreten wird, die ursprüngliche Sachlage kennt oder kennen muß.

2. OLG. **28** 93 (Rostock). Die Abtretung einer Hypothek „mit Gewährleistung" ist mit Rücksicht auf eine in Mecklenburg herrschende Verkehrssitte dahin auszulegen, daß nicht nur dem Zessionar gegenüber, sondern auch gegenüber dessen Rechtsnachfolgern Garantie übernommen wird.

3. SeuffA. **69** 129 Nr. 72 (Rostock). Auf den Ausschluß der Abtretbarkeit kann der Schuldner sich nur berufen, wenn der erste Zessionar den Sachverhalt kannte oder kennen mußte.

§ 406. 1. OLG. **28** 99 (Hamburg). § 406 gilt nicht für den Fall, daß der neue Gläubiger in das Schuldverhältnis eintritt.

2. **RG. 84** 8, GruchotsBeitr. **58** 932. Zur Frage, inwieweit der Ersteher gegenüber der einem Berechtigten durch den Versteigerungsrichter übertragenen Forderung aufrechnen kann.

3. **RG.** R. **14** Nr. 1404. Auch ein bloßer Inkassozessionar muß sich hinsichtlich der Aufrechnung als Vollgläubiger behandeln lassen.

4. a) **RG.** LeipzZ. **14** 1115, R. **14** Nr. 599. Geltend gemacht ist die Werklohnteilvergütung des Unternehmers aus dem Werkvertrag durch Rechtsnachfolger kraft Abtretung und kraft Pfändung und Überweisung. Dem Anspruch sind entgegengesetzt Forderungen des Bestellers aus demselben Werkvertrag (Vertragsstrafe usw.). Sie können der Werklohnforderung gegenüber eingewandt werden, wenn sie zur Zeit der Abtretung und der Pfändung begründet waren. Indem die Beklagte ihre Gegenforderungen dem Anspruch der Rechtsnachfolger „entgegensetzt" (§ 404 BGB.), macht sie keine Aufrechnung geltend (**RG. 62** 55, **50** 263, **58** 177 **66** 69). Es kommt deshalb nicht auf die Voraussetzungen des § 406 BGB. an, nur die des § 404 müssen vorhanden sein. Der neue Gläubiger erwirbt die Forderung mit den ihr anhaftenden Schwächen. Die Gegenforderungen haben ihren Rechtsgrund in dem Rechtsverhältnisse, wie es zur Zeit der Abtretung und Pfändung bestand; der neue Gläubiger muß die Entwicklung, die dieses Rechtsverhältnis späterhin nimmt, gegen sich gelten lassen. **b)** Traumann, GruchotsBeitr. **58** 793 ff. Der Besteller kann auch gegenüber dem Zessionar der Werklohnforderung mit dem Anspruch auf Erstattung der Nachbesserungsaufwendungen aufrechnen. **c)** Traumann aaO., Ansprüche auf Ersatz der zur Mangelbeseitigung gemachten Aufwendungen können auch gegenüber dem Zessionar der Werklohnforderung zur Aufrechnung gestellt werden.

§ 407. Literatur: Salomon, Zur Auslegung des § 407 BGB., JW. **14** 728—730. — Tomalla, Die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, SeuffBl. **14** 569.

1. a) **RG. 83** 184. Hat der Gläubiger die Forderung mehrfach abgetreten, so kann der Schuldner ein in Unkenntnis der früheren Abtretung dem späteren Zessionar erteiltes Schuldanerkenntnis wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern. b) Dagegen *Salomon, JW. **14** 728. Die Leistung des Schuldners in Unkenntnis der Abtretung wirkt absolut schuldtilgend. Der Schuldner hat keinen Bereicherungsanspruch gegen den Zedenten, wenn er nachträglich von der Abtretung erfährt. c) Dagegen auch Josef, KGBl. **14** 112 f. Hat der Schuldner in Unkenntnis der erfolgten Abtretung an den ursprünglichen Gläubiger geleistet, so steht ihm gegen letzteren ein Rückforderungsanspruch nicht zu. Denn nach § 407 ist durch jene Leistung eine Tilgung der Schuld eingetreten; dem Schuldner gegenüber gilt der bisherige Gläubiger als der Gläubiger, und jener hat folglich an den geleistet, den ihm das Gesetz als den Forderungsberechtigten gegenüberstellt. Ferner wird aber das Rückforderungsrecht des debitor cessus gegen den ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen durch § 816 Abs. 2, wonach der ursprüngliche Gläubiger dem „Berechtigten", also dem Zessionar gegenüber herausgabepflichtig ist. Schon hieraus folgt, daß der Charakter des § 407 als Schutzvorschrift nicht eine Herausgabepflicht des ursprünglichen Gläubigers an den debitor cessus zur Folge haben kann. Das gleiche gilt, wenn eine bereits abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten (oder von diesem gepfändet) wird und der debitor cessus diesem Dritten Zahlung leistet; der Dritte ist dann nach § 816 Abs. 2 dem ersten Zessionar herausgabepflichtig, nicht aber dem debitor cessus. Hat also der Zessionar, dessen Forderungserwerb dem Schuldner mitgeteilt ist, von diesem ein Schuldanerkennnis erhalten, so kann der Schuldner dieses nicht wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern.

2. **RG. 84** 286, JW. **14** 640 Nr. 3, R. **14** Nr. 1252. Erfolgt die Abtretung einer Forderung vor Eintritt der Rechtshängigkeit und erlangt der Schuldner hiervon erst Kenntnis, nachdem er zur Leistung an den bisherigen Gläubiger rechtskräftig verurteilt war, so braucht der neue Gläubiger Zahlungen, die nach Erlangung der Kenntnis von der Abtretung seitens des Schuldners an während des Rechtsstreits pfändende Pfandgläubiger des bisherigen Gläubigers erfolgten, nicht gegen sich gelten zu lassen.

3. Josef, KGBl. **14** 125. Weiß der eine von mehreren Gesamtschuldnern, daß der Gläubiger die Forderung abgetreten hat, während dem andern dies unbekannt ist, und leisten sie beide an den bisherigen Gläubiger, so ist der gutgläubige Schuldner befreit, nicht aber auch der andere. Die vom Zessionar gegen beide Schuldner erhobene Klage ist also gegen den ersteren abzuweisen, während sie gegen den letzteren Erfolg hat. Hat der von der Abtretung unterrichtete Gesamtschuldner dem bisherigen Gläubiger geleistet und belangt der Zessionar den anderen Schuldner, so ist dieser durch die vom ersteren an den bisherigen Gläubiger geleistete Zahlung nicht befreit; denn für den Zahlenden war nach § 407 der Zedent nicht mehr der Gläubiger. Hat dagegen der von der Abtretung nicht unterrichtete Gesamtschuldner dem bisherigen Gläubiger (Zedenten) geleistet, und belangt der Zessionar den anderen Gesamtschuldner, so ist dieser durch jene Zahlung nach § 422 befreit; denn für den zahlenden Schuldner, dem die erfolgte Abtretung unbekannt war, war der bisherige Gläubiger der wahre Gläubiger.

§ 409. Josef, KGBl. **14** 122. Ist zwischen Zedent und Zessionar vereinbart, daß auf diesen trotz der Abtretung keinerlei Rechte gegen den Schuldner übergehen sollen, so ist die Abtretung nach § 117 Abs. 1 zwar nichtig; der Schuldner aber, der in Kenntnis dieses Sachverhalts dem Zessionar leistet, ist nach §§ 409, 410

befreit. Da sonach der Schuldner an der Geltendmachung der Nichtigkeit grundsätzlich kein Interesse hat, das Recht aber praktische Zwecke verfolgt, so fehlt grundsätzlich dem Schuldner die nach den Zwecken der Rechtsordnung erforderliche Legitimation zur Bekämpfung der Scheinabtretung; der Schuldner kann diese also nur im Fall eines eigenen Interesses einwenden, so wenn der Zedent der Einklagung durch den Scheinzessionar widersprochen und zugleich erklärt hat, daß er selbst die Forderung nicht geltend machen wolle. — Die gleichen Gründe treffen zu, wenn der Zedent die Abtretung wegen Willensmängel gegenüber dem Zessionar angefochten hat, die Abtretung also nach § 142 nichtig ist, sowie wenn die Abtretung als wucherlich nach § 138 nichtig ist. Der Schuldner würde, wenn er hier ohne eigenes Interesse die Nichtigkeit der Abtretung gegenüber dem Zessionar geltend machen wollte, nicht das eigene Recht, sondern nur das des Zedenten wahrnehmen, also eine unzulässige exceptio de jure tertii geltend machen. — War der Zedent bei Erteilung der Abtretungsurkunde geschäftsunfähig, so hat diese nicht die im § 409 gedachte Wirkung; der Schuldner wird also durch die Leistung an den Zessionar nicht befreit, und hieraus ergibt sich das Interesse des Schuldners, dem Zessionar die Einrede der Nichtigkeit der Abtretung entgegenzuhalten.

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

§ 414. 1. OLG. 28 100 (München). Die verstärkende Schuldübernahme bedarf in der Regel der Bürgschaftsform.

2. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 50 ff. § 414 BGB. enthält einen gesetzlich geregelten Fall einer Verfügung zugunsten Dritter. (Vgl. oben § 328 Ziff. 1.)

§ 415. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 936, R. **14** Nr. 2047, 2048, 2049. Zur Frage der stillschweigenden Genehmigung einer Schuldübernahme.

2. **RG.** JW. **14** 868 Nr. 7, R. **14** Nr. 2418. Teilt der Veräußerer eines Grundstücks die Übernahme der Hypothek durch den Käufer dem Gläubiger mit, so ist Gegenstand dieser Mitteilung die Übernahme der persönlichen Schuld. § 416 BGB. enthält in der Vorschrift über die Art und Weise und den Inhalt der Mitteilung an den Gläubiger zwingendes Recht.

3. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 53 ff. Auch die Verfügung, die in der kumulativen, zwischen dem Übernehmer und dem Schuldner abgeschlossenen Schuldübernahme liegt, bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung des Gläubigers. Fehlt diese, so wird die alte Forderung des Gläubigers durch die kumulative Schuldübernahme nicht berührt, und letztere besteht nur in der Begründung eines neuen Forderungsrechts für den Gläubiger gemäß den Regeln über das Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 416. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1253. In der bloßen Mitteilung des Hypothekengläubigers an den Schuldner, daß er diesen aus der persönlichen Schuld entlasse und dafür den Käufer des Grundstücks annehme, liegt noch kein Verzicht auf den Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Hingabe des Darlehns entstandenen Schadens.

2. OLG. 28 165 (KG.). Die Erfordernisse des § 416 können durch eine Verkehrssitte nicht außer Gebrauch gesetzt werden.

3. **RG.** SchlHolstAnz. **14** 253. Aus § 416 BGB. ist eine Verpflichtung des Veräußerers nicht zu entnehmen, die Genehmigung des Gläubigers zur Schuldübernahme herbeizuführen.

§ 419. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 940, R. **14** Nr. 471. Der Übernehmer eines Vermögens kann sich wegen einer ihm gegen den Veräußerer zustehenden Forderung aus diesem Vermögen vorweg befriedigen.

2. OLG. **29** 192 (Kiel). Der auf Sicherungsübereignung des gesamten Vermögens gestützten Widerspruchsklage steht § 419 BGB. entgegen.

3. R. **14** Nr. 1975 (Naumburg). Die Haftung nach § 419 trifft auch einen Güterhändler, der ein überschuldetes Anwesen zwecks Zertrümmerung im Bewußtsein einhandelt, daß der Verkäufer nennenswertes anderes Vermögen nicht mehr besitzt.

4. R. **14** Nr. 1974 (München). Die Verjährungseinrede des Übernehmers richtet sich nach § 424, nicht nach § 417 BGB.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Literatur: Klingmüller, Unechte Gesamtschuldverhältnisse, JheringsJ. **64** 31 ff. — Krull, Die Haftung von Gesamtschuldnern für Verzugszinsen, R. **14** 230. — Meyer, Haftung der Gesamtschuldner für Verzugszinsen, das. 292.

§ 420. 1. Krull, R. **14** 230. Bei der Gesamtschuld haften die mehreren säumigen Schuldner für Verzugszinsen gemäß § 420 nicht als Gesamtschuldner, sondern anteilmäßig zu einem der Kopfzahl der Säumigen entsprechenden Bruchteile.

2. Meyer, R. **14** 292. Gesamtschuldner haften auch für Verzugszinsen gesamtschuldnerisch (gegen Krull).

3. Ulrich, Unterlassungsanspruch 215. Die Unterlassung ist keine teilbare Leistung im Sinne der §§ 420 ff.

§ 421. 1. Klingmüller, JheringsJ. **64** 31 ff. Das (echte) Gesamtschuldverhältnis ist eine Mehrheit von Schuldverhältnissen, welche sowohl durch die Identität des Leistungsgegenstandes wie auch durch die Identität des obligatorischen Zweckes (der subjektiven causa) miteinander verbunden sind (64). Von unechten Gesamtschulden kann nur dann gesprochen werden, wenn trotz der Identität des Leistungsgegenstandes eine subjektive Zweckgemeinschaft zwischen den Schuldnern nicht vorhanden ist (74).

2. OLG. **28** 102 (Dresden). Unter Gesamtschuldnern besteht die Verpflichtung, nach Eintritt der Fälligkeit den Gläubiger anteilsgemäß zu befriedigen.

3. KGJ. **46** 229. Zur Sicherung des Anspruchs gegen mehrere Gesamtschuldner kann eine einheitliche ungeteilte Hypothek eingetragen werden.

§ 422. 1. Klingmüller, JheringsJ. **64** 74 ff. zu der Frage, inwieweit § 422 auf unechte Gesamtschuldverhältnisse anzuwenden ist, wenn ein Gesamtschuldner aus dem Vertrage, der andere aus unerlaubter Handlung haftet.

2. OLG. **28** 103 (Rostock). Hat der Gläubiger von einem Gesamtschuldner eine Teilzahlung erwirkt, so muß er diese in voller Höhe und ohne Abzug der durch die Geltendmachung des Anspruchs gegen den Zahler entstandenen Prozeßkosten den anderen Gesamtschuldnern gut bringen.

3. NaumburgAK. **14** 41 (Naumburg). § 422 BGB. findet auf das Verhältnis der verschiedenen aus einem Wechsel verpflichteten Personen keine Anwendung.

4. S. auch oben Ziff. 3 zu § 407.

§ 423. 1. OLG. **28** 103 (Rostock). Der mit einem Gesamtschuldner vereinbarte Erlaß wirkt jedenfalls dann nicht zugunsten der anderen Gesamtschuldner, wenn der Gläubiger sich seine Ansprüche gegen diese vorbehalten hat.

2. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 49 ff. § 423 BGB. enthält einen gesetzlich geregelten Fall einer Verfügung zugunsten Dritter. (Vgl. bei § 328 Ziff. 1.)

3. Klingmüller 87 ff. zur Anwendung auf unechte Gesamtschuldverhältnisse.

§ 424. Klingmüller 91 ff. zur Anwendung auf unechte Gesamtschuldverhältnisse.

§ 425. 1. Klingmüller 95 über die Anwendung des § 425 auf unechte Gesamtschuldverhältnisse.

2. **RG.** JW. **14** 1078 Nr. 3, R. **14** Nr. 2803. Zwei Rechtsanwälte, die sich zur gemeinschaftlichen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs verbunden haben und bei

demselben Gericht zugelassen sind, haften als Gesamtschuldner für den Schaden, der durch fahrlässig falsche Raterteilung des einen von ihnen einer Partei erwachsen ist.

§ 426. 1. R. **14** Nr. 20 (Hamburg). Die Ausgleichungspflicht unter den Gesamtschuldnern setzt ein echtes Gesamtschuldverhältnis voraus; ein solches kann nicht nur in vertraglichen Verhältnissen seinen Grund haben, sondern auch auf unerlaubter Handlung beruhen.

2. Klingmüller 96 ff. Auf unechte Gesamtschuldverhältnisse ist § 426 nicht anwendbar.

3. **RG.** **84** 415. Über die Ausgleichung zwischen einem für die Unfallsfolgen aus einem Vertrag zum Ersatz Verpflichteten und einem für denselben Unfall aus unerlaubter Handlung Ersatzpflichtigen.

4. **RG.** JW. **14** 922 Nr. 7. Für eine Ausgleichungsforderung kann gesamtschuldnerische Haftung nicht in Anspruch genommen werden.

5. **RG.** **84** 208, R. **14** Nr. 908. Auch aus dem Gesichtspunkte des § 254 kann einem der Gesamtschuldner der ganze Schaden aufgebürdet werden (vgl. **RG.** **75** 251).

6. Über die Ausgleichung unter Mitbürgen s. § 774.

§ 427. 1. **RG.** BayRpflZ. **14** 191. Wenn sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten, so haften sie gemäß § 427 im Zweifel als Gesamtschuldner. Dieser Fall kann hinsichtlich der Herausgabe einer grundlos empfangenen Leistung vorliegen, wenn die Herausgabe- oder Rückgabeverpflichtung auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragsbestimmung beruht. Aber in Fällen, wo es zu einer tatsächlichen Vermögensverschiebung gekommen ist, ohne daß in irgendeinem Zeitpunkt eine Vertragspflicht bestand, kann § 427 für den Bereich der §§ 812 ff. nicht angewendet werden.

2. **RG.** WarnE. **14** 162, R. **14** Nr. 1254. § 427 ist auf den Fall einer auf nichtigen Verträgen beruhenden Bereicherung nicht anwendbar.

3. KGJ. **46** 226. Für Gesamtgläubiger kann eine einheitliche Hypothek eingetragen werden. In der Eintragung einer solchen Gesamtgläubigerhypothek ist anzugeben, daß die Berechtigten Gesamtgläubiger sind.

§ 432. *Engländer, Rechtsgemeinschaft I 172 (s. unten § 741). Der Grundsatz des § 2039 darf nicht mit dem des § 432 identifiziert werden. Im Falle des § 432 bestehen mehrere ganze selbständige und nur in demselben Ziele zusammentreffende einzelzuständige Forderungsrechte auf (dieselbe) unteilbare Leistung; im Falle des § 2039 dagegen lediglich eine mehrheitlich zuständige gesamthänderisch gemeinschaftliche Forderung (mit Rechtsanteilen der Forderungsgemeinschafter), die ebensowohl auf eine teilbare wie auf eine unteilbare Leistung gehen kann und die insbesondere, sofern die Leistung an sich teilbar ist, nicht deshalb zu einer Forderung auf „unteilbare" Leistung wird, weil für die Erfüllung § 2039 gilt. Ebensowenig wie im Falle des § 432 die Unteilbarkeit der Leistung eine Veränderung der Zuständigkeitsform der mehreren Forderungsrechte mit sich bringt (in der Richtung insbesondere, daß aus den mehreren selbständigen, möglicherweise nacheinander begründeten Einzelforderungen auf dieselbe unteilbare Leistung eine „gemeinschaftliche" Forderung mit relativ unselbständigen Anteilen wurde), ebensowenig macht umgekehrt die besondere Eigenart einer Form mehrheitlicher Zuständigkeit (insbesondere die Unverfügbarkeit des Rechtsanteils) das gemeinschaftliche Forderungsrecht der Miterben (§§ 2032, 2039) oder anderer Gesamthandberechtigter in jedem Falle zu einem „unteilbaren", das damit von selbst der Vorschrift des § 432 unterfiele. Vielmehr ist daran festzuhalten, daß § 432 auf eine gemeinschaftliche Forderung überhaupt nicht zutrifft, sondern mehrere Einzelgläubiger im Sinne hat (wichtig für die Anwendbarkeit der §§ 741 ff.).

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

Vorbemerkung: Die Frage des Schadensersatzes des arglistig Getäuschten hat mehrfach Mitgliedern des RG. und anderen Praktikern zu scharfsinnigen Ausführungen Anlaß gegeben (vgl. Ziff. 1 zu § 463). Das RG. hält an der Ansicht fest, daß der Schadensersatzanspruch wegen betrügerischer Vorspiegelungen über den Wert einer abgetretenen Hypothek nicht nach § 463, sondern ausschließlich nach § 249 zu beurteilen sei. Der Geschädigte kann daher Herstellung desjenigen Zustandes verlangen, der bestanden hätte, wenn der Betrug nicht vorgefallen wäre. Zu der praktisch wichtigen Streitfrage über den Gefahrübergang beim Verkauf einer Sache mit Eigentumsvorbehalt hat jetzt auch das RG. Gelegenheit gehabt, Stellung zu nehmen. Es hat dahin entschieden, daß mit der Übergabe der Sache die Gefahr des zufälligen Unterganges auch dann auf den Käufer übergeht, wenn der Verkäufer sich das Eigentum bis zur vollen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten hat.

Literatur: Adler, Beiträge zum Rechte der Gewährleistung, GoldschmidtsZ. **75** 453—512. — Derselbe, Kaufrechtliche Untersuchungen, GrünhutsZ. **39** 511—554. — Derselbe, Die Leistungsverweigerung nach § 320 BGB. mit besonderer Rücksicht auf den Handelskauf in der Festschrift für Ernst Zitelmann. — Geppert, Zur Lehre von der Arglist des Verkäufers beim Vertragsabschlusse, JheringsJ. **64** 437—484. — Hanke, Trächtigkeitszusage und Verjährung, GruchotsBeitr. **58** 615—629. — Jeß, Über den Analogieschluß und die §§ 463, 476 BGB., R. **14** 81—89. — Hopmann, Verzug des Käufers eines Erwerbsgeschäfts mit der Übernahme des Geschäfts, JW. **14** 341—343. — Riehl, Zu einigen Streitfragen beim Kaufe und über die Haftung des Verkäufers für die Arglist seines Vermittlers sowie Vertreters bei Gelegenheit des Kaufabschlusses, JW. **14** 497—506. — Kluckhohn, Zur Haftung des schadensersatzberechtigten, betrogenen Käufers, ABürgR. **40** 202—208. — Derselbe, Der Übergang der Gefahr beim bedingten Kauf und beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, JheringsJ. **65** 114 ff. — Riehl, Arglistige Vorspiegelungen bei Gelegenheit des Kaufabschlusses und positives Vertragsinteresse, R. **14** 470—479. — Wolzendorff, Zur Frage der Konkurrenz von Eigenschaftsirrtum und Mängelgewähr, JheringsJ. **64** 311—354.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. 1. Kauf oder ein ähnliches Rechtsgeschäft (JDR. **6** II 4, 8 II 1). a) **RG.** SchlHolstAnz. **14** 206, R. **14** Nr. 2636. Der Käufer ist hinreichend deutlich bezeichnet, wenn verkauft ist an den Käufer „oder dessen Auftraggeber". b) OLG. **28** 106 (Colmar). Der entgeltliche Erwerb eines Rezepts nebst Gebrauchanweisung ist Kauf. c) OLG. **28** 105 (Hamburg) über den Verkauf des Urheber- und Verlagsrechts an einem ein Roulettesystem behandelnden Schriftwerke. d) OLG. **28** 112 (Karlsruhe) über den Verkauf eines Geschäfts „mit Kundschaft".

2. a) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 655. Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Kauf kommt nur dann in Frage, wenn das einzelne Gut eine solche entsprechende Anwendung gestattet (vgl. **RG. 63** 59). Davon kann aber bei einem bloßen Gedanken regelmäßig keine Rede sein. b) Hopmann, JW. **14** 341, bejaht die Frage, ob die gesetzlichen und durch die Rechtsprechung entwickelten Regeln vom Abnahmeverzug und seinen Folgen analog auf die Säumnis des Käufers mit der Übernahme des Geschäftsbetriebs anwendbar sind.

3. *Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 49 ff., behandelt das Abkommen in einem „Milchpachtvertrag", innerhalb dessen dem Milchpächter das Recht zur Benutzung eines bestimmten Zimmers auf dem Gute des Milchverpächters eingeräumt war.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 254. Wenn der Verkäufer die verkaufte Ware bis zur Abholung durch den Käufer bei sich behält — es handelte sich um verkaufte Karpfen, die bis zu einem bestimmten Zeitpunkt in den Behältern des Verkäufers bleiben sollten —, übernimmt er weder entgeltlich noch unentgeltlich eine Auf-

bewahrungspflicht. Es handelt sich lediglich um die leihweise Überlassung der Behälter zum Gebrauche.

5. Kluckhohn, ABürgR. **40** 202 ff. Daß der Käufer regelmäßig dem Verkäufer für eine verschuldete Unmöglichkeit der Rückgewährung nicht einzustehen hat, entspricht dem praktischen Bedürfnisse. Der Käufer ist durch Arglist des Verkäufers zum Abschlusse des Kaufvertrags bewogen worden, nur so in den Besitz der Kaufsache gelangt. Es würde unbillig sein, ihm hinsichtlich dieser Sache eine besondere Diligenzpflicht aufzuerlegen. Ähnlich steht es insoweit mit der Rechtslage an unbestellt zugesandten Sachen.

6. Kauf auf Abruf (JDR. **9** II 3). **RG.** SeuffA. **69** 7. Der zu Teilabrufen berechtigte Käufer verliert dieses Recht nicht schon dadurch, daß er nicht rechtzeitig abruft. Irgendeine gesetzliche Vorschrift, die dahin ginge, ist nicht vorhanden. Aber auch sonst ist ein solcher Satz in der Rechtsprechung nicht anerkannt, und das mit gutem Grunde, denn in vielen Fällen, namentlich dann, wenn es sich um die Lieferung großer Mengen handelt, würde der Eintritt einer solchen Wirkung des verzögerten Abrufs den schutzwürdigen Interessen beider Teile durchaus widersprechen.

7. Haftung für Unfälle des Kunden im Laden (JDR. **12** I 2). **a)** HansGZ. **14** Beibl. 105 (Hamburg) handelt über die Frage, ob ein Ladeninhaber — ähnlich wie ein Wirt — den in seinem Laden sich aufhaltenden Kunden für Versehen seines Dienstpersonals haftbar ist, und verneint in einem Falle, in dem der Kaufreflektant noch nicht in Verkaufsverhandlungen mit dem Angestellten des Ladenbesitzers eingetreten war, das Vorliegen einer vertraglichen Haftung. **b) RG.** JW. **14** 759 lehnt vertragliche Haftung in einem Falle ab, in dem der Kaufliebhaber nach Erledigung einiger Einkäufe sich nach einer anderen Stelle des Warenhauses begeben hatte, um noch weitere Einkäufe zu machen. Vertragliche Beziehungen seien nur dann anzunehmen, wenn mindestens ein durch Vorlegung von Waren zur Besichtigung begründetes, vertragsähnliches Verhältnis geschaffen worden sei. Wenngleich für ein Warenhaus die Verpflichtung bestehe, dafür zu sorgen, daß seine Besucher dieses ungefährdet verlassen können, so gründe sich diese Pflicht nicht auf Vertrag, sondern lediglich darauf, daß das Warenhaus einen Verkehr in seinen Räumen eröffnet habe.

8. **RG. 83** 107. Die an eine offene Handelsgesellschaft verkaufte Ware kann mit befreiender Wirkung an einen ausgeschiedenen Gesellschafter nicht geliefert werden. Die Abnahmepflicht dieses Gesellschafters wird dadurch nicht berührt.

9. OLG. **28** 107 (München) erörtert einen Fall, in dem die Bestimmung eines Höchstpreises für den Wiederkauf infolge Unklarheit der Abrede eine rechtliche Bindung nicht begründet.

10. **a)** SeuffA. **69** 83 (Rostock). Der Käufer kann nicht durch einstweilige Verfügung dem Verkäufer verbieten lassen, den Kaufgegenstand anderweit zu veräußern. Würde der Anspruch des Antragstellers durch eine einstweilige Verfügung gesichert, welche dem Gegner eine anderweitige Veräußerung des Kaufgegenstandes verbietet, so würde ihm ein Vorrang vor dem dritten Käufer gegeben und in dessen gleichwertige Rechte eingegriffen werden, da ihm der Verkäufer nicht mehr liefern könnte. Eine solche Maßnahme, welche die Erfüllung des Anspruchs eines Dritten hindert, geht über den Rahmen dessen hinaus, was durch eine einstweilige Verfügung angeordnet werden kann. **b)** Über die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Ermächtigung des Käufers zur Versteigerung der von ihm beanstandeten Ware handelt SächsRpflA. **14** 290 (Dresden).

§ 434. 1. **RG. 83** 214 ff., JW. **14** 143. Soll das Eigentum an einer verkauften beweglichen Sache erst mit der Bezahlung des Kaufpreises auf den Käufer übergehen, so braucht auch die Verpflichtung des Verkäufers zur Befreiung der

Kaufsache von etwaigen Rechten Dritter erst im Zeitpunkte des Eigentumsüberganges erfüllt zu werden, denn in Ermangelung einer abweichenden Parteivereinbarung ist die Verpflichtung zur Beseitigung etwaiger Rechte Dritter gleichzeitig mit der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums an der verkauften Sache zu erfüllen.

2. a) HansGZ. **14** Beibl. 77 ff. (Hamburg). Der Verkäufer hat ein Grundstück auch frei von solchen Rechten Dritter zu verschaffen, die wie Servituten aus dem Grundbuch ersichtlich sind. Die Eintragung liefert für die Kenntnis des Erwerbers einen Beweis so wenig, wie sie von dessen Führung befreit. b) HansGZ. **14** Beibl. 205 (Hamburg) erörtert, ob der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer dafür einzustehen hat, daß zur Zeit der Auflassung, nicht aber schon zur Zeit des Kaufabschlusses das Grundstück mit einer Annuität für Straßenbaukosten beschwert ist.

3. **RG. 83** 198 ff., JW. **14** 144. Ein Abdeckereiprivileg, das mit einem Grundstück als Bestandteil verbunden ist, verliert durch diese Verbindung nicht die Natur eines Rechtes. Ist das Privileg mit Gegenstand des Grundstückskaufs, so regelt sich die Gewährpflicht des Verkäufers wegen eines Mangels der Abdeckereigerechtigkeit nach den §§ 434 ff.

4. MSchutzuWettbew. **13** 451 (Hamburg). Der Verkäufer eines Plakats haftet dem Käufer dafür, daß dieser das Plakat verwenden kann. Wenn das Plakat ein fremdes Warenzeichen verletzt, liegt ein Rechtsmangel vor, den der Verkäufer zu vertreten und zu beseitigen hat. Es ist richtig, daß in einzelnen besonders gearteten Fällen dem Käufer nach Treu und Glauben obliegt, das Seinige zu tun, um entgegenstehende Rechte zu beseitigen; es kann ihm aber nicht zugemutet werden, seinerseits unter Aufwendung von Zeit und Kosten es auf eine Klage der Zeicheninhaberin ankommen zu lassen und damit das Risiko eines in seinem Ausgange nicht übersehbaren Prozesses auf sich zu nehmen.

5. OLG. **28** 117 (Celle). Wer einen Grundbesitz „mit allen Rechten und Pflichten" (im Gegensatze zu Lasten, vgl. **RG. 66** 363) übernimmt, hat keinen Schadensersatzanspruch wegen der Ansprüche eines Dritten auf eine ihm im Zusammenlegungsverfahren zugewiesene Summe (JW. **10** 145 Nr. 4).

6. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 945. Auch Mietrechte gehören zu den Rechten Dritter im Sinne des § 434. Unerheblich ist, ob der Käufer einen Schaden durch das Bestehen des Mietrechts erleidet.

§ 436. R. **14** Nr. 600 (Hamburg). Ist ein verkauftes Grundstück nach Abschluß des Kaufvertrags, aber vor der Auflassung von dem Verkäufer mit einer Jahresrente zur Ablösung der öffentlichen Straßenbaukosten belastet, so ist der Käufer verpflichtet, diese Last zu übernehmen. Er kann vom Verkäufer nicht Befreiung verlangen.

§ 437. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 947, R. **14** Nr. 2640. Hat jemand eine Apotheke als „Hofapotheke" verkauft, so haftet er nach §§ 437 ff. (nicht §§ 459 ff.) BGB., wenn der Käufer den Hoftitel nach öffentlichem Rechte nicht fortführen darf.

2. Über die Ausbietungsgarantie, d. h. die vertragliche Übernahme der Gewähr dafür, daß eine Hypothek oder ein sonstiges dingliches Recht bei der Zwangsversteigerung der Grundstücke „ausgeboten" wird, s. Stillschweig, JW. **14** 334 ff.

3. **RG.** R. **15** Nr. 32. Verkauft ein Mitglied eines Syndikats einen Teil seines Produktionsbeteiligungsrechts an einen Dritten, so trifft die Gefahr einer Produktionseinschränkung und Preisherabsetzung den Käufer. Aus einem besonders billigen Preise kann nicht eine gegenteilige Vertragsabsicht entnommen werden.

4. **RG.** R. **14** Nr. 1553. Hat der Kläger sich verpflichtet, der Beklagten gegen Zahlung von 40 000 M. einen gleich hohen Betrag seiner erst auf einem bestimmten Grundstück einzutragenden Hypothek zu geben, so liegt ein Kaufvertrag über eine Hypothekenforderung vor, und der Kläger haftet für ihren rechtlichen Bestand.

§ 438. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2050. Übernahme der Haftung für Bonität ist Garantieversprechen, nicht Bürgschaft.

2. **RG.** R. **15** Nr. 33. Es ist nicht rechtsirrig, wenn die Übernahme der Gewähr für die Sicherheit einer in Anrechnung auf den Kaufpreis abgetretenen Hypothek mit Rücksicht auf vorangegangene Versicherungen und Zusicherungen (insbesondere die Erklärung, der Vertragsgegner solle keinen Pfennig an der Hypothek verlieren) dahin ausgelegt wird, daß der Abtretende für den etwaigen Ausfall der Hypothek in der Zwangsversteigerung nach Art eines Bürgen haften wolle.

§ 439. OLG. **28** 118 (Hamburg). Unter „Lasten" sind nur das Eigentums- und Verfügungsrecht zugunsten Dritter einschränkende Belastungen zu verstehen (**RG. 66** 362).

§ 446. *Kluckhohn, Übergang der Gefahr beim bedingten Kauf und beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. IheringsJ. **65** 114 ff. Bei dem aufschiebend bedingten Kauf bleibt die Gefahr stets bis zum Eintritt der Bedingung bei dem Verkäufer. Bei dem auflösend bedingten Kauf steht der Untergang der Kaufsache dem Eintritt der Bedingung nicht entgegen; der Verkäufer trägt im Falle dieses Eintritts trotz der Übergabe die Gefahr sowohl des Unterganges als der Verschlechterung. (S. auch unten § 455 zu **b.**)

§ 447. 1. LeipzZ. **14** 1230, SeuffA. **69** 350 (Dresden). Erteilt der Käufer unter Hinweis auf die Bedeutung der gerade in Frage kommenden Verpackung dem Verkäufer genaue Vorschriften über die Art der Verpackung, und unterwirft sich der letztere diesen Vorschriften, so stellt sich die hierdurch zustande gekommene Einigung als Teil des Vertragsschlusses selbst dar, auf den die Bestimmungen über den Kauf Anwendung finden. In einem solchen Falle muß die Art der Verpackung als zur Beschaffenheit der Ware selbst gehörig angesehen werden, so daß die Fehler der ausdrücklich vereinbarten Verpackung als Mängel der Ware erscheinen.

2. SeuffA. **69** 181 (Dresden). Der Verkäufer haftet für die ordnungsmäßige Verpackung der versandten Ware trotz der Abmachung „Frostgefahr zu Lasten des Käufers".

§ 448. OLG. **28** 110 (Königsberg). Ist frachtfreie Lieferung an den Käufer vereinbart, so kommen die Frachtermäßigungen des Ausnahmetarifs dem Verkäufer zugute. Ebenso SeuffA. **69** 349 (Kiel).

§ 454. **RG. 83** 179 bereits IDR. **12.**

§ 455. Gefahrübergang beim Eigentumsvorbehalte (IDR. **11** 5). **a)** **RG. 85** 320 ff., IW. **15** 24, DIZ. **15** 206. Durch die Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges auch dann auf den Käufer über, wenn nach der zwischen den Parteien getroffenen Einigung das Eigentum erst nach voller Zahlung des Kaufpreises übergehen soll. Denn da das Gesetz die vom Verkäufer geschuldete Leistung in die Pflichten zur Übergabe der Sache und zur Verschaffung des Eigentums trennt, so ist es unzulässig, da, wo nur von Übergabe die Rede ist, die Verschaffung des Eigentums unter diesem Ausdrucke mitzubegreifen. Der § 446 ist also dahin auszulegen, daß durch die bloße Übergabe, gleichviel, ob mit ihr die Übereignung verbunden ist oder nicht, die Gefahr des Unterganges der Sache auf den Käufer übertragen wird. **b)** *Kluckhohn, IheringsJ. **65** 114 ff. Bei dem Kauf unter Eigentumsvorbehalt geht mit der Übergabe der Kaufsache trotz des Eigentumsvorbehaltes die Gefahr sowohl des Unterganges als der Verschlechterung sofort auf den Käufer über.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§§ 459 ff. 1. Adler, GrünhutsZ. **39** 548. Die Gewährleistungslehre des Kaufrechts ist auch auf künftige Eigenschaften analog anzuwenden, wenn die Zusicherung nicht etwa in der Übernahme der Bestellung eines Werkes an der Ware

(Reparaturen, andere Änderungen) besteht und wenn die Parteiabsicht die kaufrechtliche Gewährleistung entschieden fordert. Dies ist anzunehmen, wenn beide Teile wissen, daß die Lage des Käufers die Auflösung des Kaufes erheischt, wenn die zugesicherte zukünftige Eigenschaft ausbleibt; darin liegt das Wesentliche der Gewährleistung. Nimmt man diese Ansicht an, so muß man die Verjährung der Gewährleistungsansprüche mit dem Zeitpunkte beginnen lassen, wo die gewährleistete Eigenschaft vorhanden sein sollte, und falls die Fortdauer einer Eigenschaft gewährleistet ist (z. B. Haltbarkeit), von dem Zeitpunkte, wo sie sich nicht mehr bewährt.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 949, JW. **14** 674. Auf den Verkauf eines Geheimverfahrens mögen die §§ 459 ff. entsprechend anzuwenden sein. Der § 477 ist jedoch, jedenfalls soweit das Geheimsein des Verfahrens in Frage kommt, von der entsprechenden Anwendung ausgeschlossen (unter Teiländerung R. **14** Nr. 21 [Stuttgart]); ➺ vgl. jedoch auch JDR. **6** II 1 c, **10** II 2. ➻ Red.

3. OLG. **28** 128 (Königsberg). Mängel des als Zubehör mitverkauften Viehes sind nach §§ 459 ff., nicht nach §§ 481 ff. zu beurteilen. Eine Ausnahme macht die Wandelung, sofern sie sich ausschließlich auf das Vieh bezieht (§ 470 Satz 2).

4. Über die Konkurrenz von Mängelgewähr und Eigenschaftsirrtum vgl. oben § 119 III.

§ 459. 1. Verkauf ohne Garantie (JDR. **12** 4). R. **14** Nr. 472 (Stuttgart). Die in den Kaufvertragsurkunden üblicherweise enthaltene Klausel, daß ohne jegliche Garantie verkauft wird und daß der Verkäufer keine Haftung für die Eigenschaften der Grundstücke übernehme, bedeutet weder eine Einschränkung noch einen Ausschluß der gesetzlichen Haftung. Gegenüber dieser Klausel, deren verbindliche Kraft durch den Umstand, daß sie lediglich in dem formularmäßig vorgedruckten Urkundentext enthalten ist, nicht ausgeschlossen wird, kann sich der Käufer auf besondere Zusicherungen nicht berufen, die ihm vor Beurkundung des Kaufvertrags mündlich erteilt worden sein sollen.

2. Begriff der Eigenschaften (JDR. **9**, **10**, **11** 4, **12** 5). **a)** Adler, GrünhutsZ. **39** 547. Der Wert einer Sache, Kurs, Fabrikpreis, Einkaufspreis, ebenso Tatsachen, die den Wert beweisen (nicht nur, was selbstverständlich ist, Tatsachen und Beschaffenheiten, auf denen der Wert beruht), sind Eigenschaften der Ware. Wenn die herrschende Meinung den Wert nicht zu den Eigenschaften rechnet, so ist soviel zuzugeben, daß eine Behauptung hinsichtlich des Wertes nur unter besonderen Umständen die Bedeutung einer Zusicherung haben wird, da ja der Preis eine beredte Sprache spricht. Wenn aber der Verkäufer erklärt, die Ware nur aus besonderen Gründen, z. B. wegen dringender Abreise oder Liquidation unter ihrem Werte loszuschlagen, und einen bestimmten Wert oder Preis garantiert, der unter normalen Verhältnissen maßgebend oder zu erzielen sei, so ist nicht abzusehen, warum die Gewährleistungslehre nicht Anwendung finden soll, wenn der garantierte Preis ein Phantasiepreis war. **b)** **RG.** R. **14** Nr. 2866. Der Geschäftsertrag in früheren Jahren ist keine Eigenschaft des verkauften Geschäfts. **c)** **RG.** R. **15** Nr. 34. Das Vorhandensein einer selbständigen Flößereigerechtigkeit bei einem Sägewerk ist nicht eine Eigenschaft, sondern ein Recht. **d)** OLG. **28** 126 (Braunschweig). In dem Umfange des Gebrauchs des Chassis eines Kraftwagens, der durch die Zahl der zurückgelegten Kilometer ausgedrückt wird, ist eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Wagens zu erblicken.

3. Begriff der Zusicherung (JDR. **8** 4, **9** u. **10** 2). **a)** Adler, GrünhutsZ. **39** 546. Die wesentliche Schwierigkeit des Begriffs der Zusicherung liegt darin, daß das Gesetz die zugesicherte Eigenschaft der Tauglichkeit zum vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauch entgegensetzt. Die Zusicherung muß also mehr als ein Versprechen sein. Daraus, daß es dem Käufer eines Fahrrads, eines Apparats für Zimmergymnastik nicht einfällt, sich noch ausdrücklich zusichern zu lassen, daß das

Rad zum Fahren, der Apparat zum Turnen geeignet ist, folgt nur, daß diese Eigenschaften nicht zugesichert sind, nicht aber, daß sie zugesichert sind. Richtig ist, daß es in solchen Fällen darauf ankommt, selbst den Käufer zu schützen, der die Untauglichkeit der Ware in grober Fahrlässigkeit nicht bemerkt hat. **b)** **RG.** R. **14** Nr. 2053. Bei Prüfung der Frage, ob eine allgemeine Anpreisung oder eine Zusicherung vorliegt, kann auch auf die Sachkunde des Käufers Gewicht gelegt werden. **c)** **RG.** R. **14** Nr. 603. Werden dem Käufer einer Fabrik Angaben über den Ertrag gemacht, so liegt darin mindestens für die nächste Zeit eine Zusicherung. **d)** **RG.** R. **14** Nr. 330. Nicht jede Äußerung über den Ertrag gilt als Zusicherung.

4. Zugesicherte Eigenschaften (JDR. **7** 7, **8** 6, **9** u. **10** 3). **a)** **RG.** R. **14** Nr. 1879. Die Zusicherung, daß das verkaufte Gebäude sich für den Gastwirtschaftsbetrieb eigne, enthält die Zusicherung einer Eigenschaft. **b)** **RG.** R. **14** Nr. 2638. Mängelhaftung bei Verkauf zu einem „Freundschaftspreise". Ebenso R. **14** Nr. 331 (Stuttgart). **c)** **RG.** PosMSchr. **14** 64, GruchotsBeitr. **58** 827. Die Angabe des Selbstkostenpreises eines verkauften Grundstücks ist nicht die Zusicherung einer Eigenschaft. **d)** R. **14** Nr. 606 (Stuttgart). Beim Verkauf eines Wirtschaftswesens mit Betriebsinventar kann die Angabe, daß das mitverkaufte Inventar einen bestimmten Wert habe, als Zusicherung einer Eigenschaft angesehen werden. **e)** **RG.** R. **14** Nr. 604. Weiß der Verkäufer, daß ein bestimmter Umsatz nicht erzielt werden kann, so darf er eine ziffernmäßige Angabe auch nicht in scheinbar zurückhaltender Form abgeben.

5. Fehler der Kaufsache (JDR. **11** 5). Adler, GrünhutsZ. **39** 540. Fehler der Ware sind vertrags- oder gesetzwidrige, wert- oder gebrauchsschädigende Eigenschaften. Zu den Eigenschaften gehört regelmäßig nicht die Menge, nämlich insofern nicht, als das Gelieferte als Teil des zu Liefernden und das zu Liefernde objektiv als teilbare Sache erscheint. Ein Fehler aber kann es sein, wenn die zu liefernden Edelsteine zu klein, die zu liefernden Taschentücher oder Tiere zu klein oder zu groß sind. Wenn aber die gelieferte Teilquantität (z. B. von Ramschware) nur den Zwecken des Käufers nicht entspricht, also die Ware zwar teilbar ist, aber die Erfüllung mit einem Teile nicht als ein Teil der Erfüllung gilt, so ist ein solcher Quantitätsmangel noch immer kein Qualitätsmangel. Das Kennzeichen des durch ein „Zuwenig" begründeten Qualitötsmangels ist nicht, wie die herrschende Meinung will, daß der gelieferte Teil unverhältnismäßig an Wert hinter dem Ganzen zurücksteht, sondern daß eine Ergänzung durch Nachlieferung überhaupt durch die Natur des Gelieferten ausgeschlossen ist.

6. Einzelne Sachmängel (JDR. **10, 11, 12** 6). **a)** **RG.** R. **14** Nr. 1554. Ist als Wandelungsgrund Trockenfäule des Gebäudes geltend gemacht, so sind für die Erheblichkeit nicht bloß die Kosten der augenblicklichen Beseitigung dieses Mangels, sondern auch diejenigen Aufwendungen in Betracht zu ziehen, die erforderlich sind, um die weiteren diesen Mangel verursachenden Umstände zu beseitigen. **b)** **RG.** **85** 252, JW. **14** 979, R. **14** Nr. 2639. Schwammverdacht ist als ein den Verkaufswert eines Grundstücks mindernder Fehler nicht anzusehen, wenn vorhanden gewesener Schwamm endgültig beseitigt ist und die Verkehrsauffassung in den maßgebenden Kreisen nicht mehr mit der Wiederkehr des beseitigten Schwammes rechnet. In solchen Fällen kommt daher die Geltendmachung des sog. merkantilen Minderwerts des mit Schwamm behaftet gewesenen Hauses durch den Käufer nicht in Frage. **c)** **RG.** LeipzZ. **15** 47. Es kann nicht zugegeben werden, daß das etwaige Bestehen von Besitzstörungs- oder Schadensersatzansprüchen der Nebenmieter wegen der durch den Betrieb des Theaterunternehmens verursachten Geräusche einen Fehler des Theaterunternehmens, als des Kaufgegenstandes, darstellte (**RG.** **67** 86). Dies würde vielleicht dann der Fall sein, wenn der Beklagte selbst Mieter der zum Betriebe des Theaterunternehmens dienenden

Räume gewesen wäre und seine Rechte aus dem Mietvertrag einen Bestandteil des Kaufgegenstandes gebildet hätten. Letzteres trifft jedoch nicht zu. Vielmehr ist der Beklagte Eigentümer des Grundstücks, in dessen Räumen das Theater sich befindet, und er hat die Theaterräume dem Ehemanne der Klägerin vermietet. Das Bestehen von Besitzstörungs- oder Schadensersatzansprüchen der Nebenmieter könnte daher höchstens als ein Fehler der Mietsache, nicht aber zugleich als ein solcher des Kaufgegenstandes angesehen werden, und die Klägerin, als Rechtsnachfolgerin ihres Ehemanns, hätte nur die in den §§ 537 ff. vorgesehenen Rechte. **d)** OLG. **28** 126 (Braunschweig). Mängel des Bergwerkes sind beim Kuxenkauf als Sachmängel zu behandeln. **e)** OLG. **28** 134 (Rostock). Die Belastung mit einem öffentlichen Wege ist ein Sachmangel des Grundstücks. **f)** OLG. **28** 125 (Dresden). Der Gastwirt haftet nicht unterschiedslos und ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden trifft, für alle Schädlichkeiten der den Gästen vorgesetzten Speisen und Getränke; selbst die Zeitungsanzeigen, daß er gute und gesunde Speisen und hochfeine Biere zur Verfügung stelle, bezwecken keine vertragsmäßige Sicherstellung des Gastes gegen das Vorhandensein nicht erkennbarer gesundheitsgefährlicher Stoffe. **g)** OLG. **28** 125 (KG.). Über Kornwurm als Mangel eines Bauernguts.

7. **a)** **RG.** R. **15** 181. Wird der zugesicherte Umsatz einer Wirtschaft durch einwandfreie Führung erreicht, so kommt die Tatsache der Steigerung durch Duldung von Rennwetten seitens des früheren Besitzers nicht in Betracht. **b)** **RG.** R. **14** Nr. 2054. „Modell 1910" muß nicht das Jahr des ersten Erscheinens bezeichnen. **c)** OLG. **28** 125 (Posen). Unrichtige Angabe des Wasserzinses fällt nicht unter § 459. **d)** OLG. **28** 106 (Colmar). Der Verkäufer eines Rezepts zur Herstellung einer Ware haftet lediglich dafür, daß mit dem Rezepte die bestimmte Ware (Magnesiumwunderkerzen) hergestellt werden kann.

8. Abs. 1 Satz 2 (JDR. **11** 7). **RG.** JW. **14** 827, GruchotsBeitr. **58** 955, R. **14** Nr. 2248. Für den Wandelungsausschluß entscheidend ist die Geringfügigkeit des Fehlers, nicht die Geringfügigkeit der durch den Fehler verursachten Wertminderung (unter Aufhebung von R. **14** Nr. 23 [Breslau]).

§ 460. Über arglistiges Verschweigen vgl. unten Ziff. 2 zu § 463.

§ 462. 1. *Kiehl, JW. **14** 497 ff. Das Recht zur Wandelung entsteht sofort aus dem Vertrag und ist nicht davon abhängig, daß bereits die Übergabe oder die Auflassung stattgefunden hat. Daß das Gesetz auf einem solchen Standpunkte nicht steht, erhellt namentlich auch aus den beim Werkvertrage gegebenen Vorschriften, wonach das Wandelungsrecht ausdrücklich auch für solche Fälle vorgesehen ist, in denen es an der Erfüllung noch fehlt. Beim Kaufe sowohl wie beim Werkvertrage soll die Wandelung nur die Rückgängigmachung des „Vertrags" darstellen, nicht aber die des Vollzugsgeschäfts, wenngleich dessen Rückgängigmachung für den Fall bereits erfolgter Erfüllung nach den Vorschriften der §§ 346 ff. geregelt worden ist.

2. **a)** Adler, Beiträge zum Rechte der Gewährleistung, GoldschmidtsZ. **75** 476. Wenn der Käufer das ihm etwa nach § 463 zustehende Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, so behält er nach herrschender Meinung das Recht auf einen der anderen Gewährleistungsansprüche unter Rücktritt von seinem Verlangen nach Schadensersatz bis zur Erfüllung oder rechtskräftigen Verurteilung des Verkäufers, verliert das ius variandi also nicht dadurch, daß der Verkäufer sein Einverständnis erklärt. Ich halte hier den Analogieschluß für berechtigter als den Umkehrschluß und glaube, daß nur die Reihenfolge der Beratung, verbunden mit dem Umstande, daß § 385 Entw. I das Recht auf Schadensersatz „neben" den anderen Gewährleistungsansprüchen, nicht wie § 463 „statt" der anderen Gewährleistungsansprüche gibt, es mit sich gebracht hat, daß vergessen wurde, den Schadensersatzanspruch der Regel des § 465 zu unterstellen (s. Prot. 1379). Lehnt man aber die Analogie ab, so muß man die einseitige Erklärung des Käufers als bindend an-

sehen. b) *Riehl, JW. 14 497 ff. Zwischen der Wandelung, der Minderung und gegebenenfalls dem Schadensersatzanspruch aus § 463 hat der Käufer die freie Wahl. Das Wahlrecht und die Befugnis, zwischen den einzelnen Rechtsbehelfen zu wechseln, ist erst dann erschöpft, wenn der Käufer den einen Anspruch bereits rechtskräftig erstritten hat (Rechtskraftwirkung), oder wenn eine Einigung zwischen ihm und dem Verkäufer erfolgt ist (nach § 465, oder durch Gewährung und Annahme der neuen Leistung).

2. **RG.** WarnE. **7** 471 ff. Die Zulassung eines Preisminderungsanspruchs neben einem auf denselben Mangel gestützten Schadensersatzanspruche würde bei der Verschiedenheit der Berechnungsarten (vgl. §§ 249, 472) zu kaum zu überwindenden Schwierigkeiten führen. Daß beides dem Käufer nicht in voller Höhe nebeneinander zugebilligt werden kann, bedarf keiner Ausführung. Ohne Grund bezieht sich das Berufungsgericht für seine gegenteilige Ansicht auf Düringer-Hachenburg (HGB. Komm. [2] III 192), dort ist nur gesagt, daß man von der Regel, daß die Vollziehung der Minderung oder der Wandelung die Änderung der vom Käufer getroffenen Entschließung ausschließe, eine Ausnahme für diejenigen Fälle machen müsse, in denen der Käufer einen Schadensersatzanspruch auf die Arglist des Verkäufers stützt und außerdem behauptet und beweist, daß er von dieser Arglist erst nach Vollzug der Wandelung oder Minderung erfahren habe, und daß in diesen Fällen der Käufer nicht gehindert sei, auch noch nachträglich Schadensersatz zu fordern. Wenn das Berufungsgericht meint, man würde die Beklagten, wenn man ihnen das Recht auf Preisminderung versage, in dem eingetretenen Falle, daß sie die behauptete Arglist im Nachprozesse nicht beweisen können, geradezu rechtlos machen, so weist das nur auf einen Nachteil hin, mit dem da, wo die mehreren zur Wahl gestellten Rechte an verschiedene Voraussetzungen gebunden sind, der Wahlberechtigte von vornherein rechnen muß.

3. Nachbesserung (JDR. **11, 12** 2). a) **RG.** JW. **14** 145. Ein Recht des Verkäufers, das Wandelungsbegehren des Käufers durch Nachbesserung zu beseitigen, ist allein dann anzuerkennen, wenn die Ausübung des Wandelungsrechts nur den Zweck haben kann, dem Verkäufer Schaden zuzufügen, oder wenn aus dem nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegenden Vertragsinhalte die Verpflichtung des Käufers zu folgern ist, die ausgebesserte Leistung gelten zu lassen. b) OLG. **28** 127 (Naumburg). Hat der Verkäufer eine einjährige Garantie für den Fall versprochen, daß der Käufer seine Zahlungsverbindlichkeiten erfülle, so kann der Käufer einen Nachbesserungsanspruch auf die Garantieabrede nicht stützen, wenn Zahlung erst mit mehrjähriger Verspätung und lange nach Ablauf der Garantiefrist geleistet ist.

4. BayRpflZ. **14** 77 (Nürnberg). Erfüllungsort für den Wandelungsanspruch des Käufers ist der Wohnsitz des Käufers.

§ 463. 1. Schadensersatzanspruch des arglistig Getäuschten (JDR. **12** 1). a) Jeß, R. **14** 81 über den Analogieschluß und die §§ 463, 467: Mit dem RG. ist § 463 Satz 2 auf den Fall der arglistigen Vorspiegelung einer wertsteigernden Eigenschaft der Kaufsache durch den Verkäufer anzuwenden. Der Käufer hat die Wahl zwischen Erfüllungsinteresse, Wandelung und Minderung. b) Gegen Jeß führt *Riehl, R. **14** 469 ff. aus: Die Frage, wie derjenige, der durch arglistige Vorspiegelungen, die sich nicht zu vertraglichen Zusicherungen verdichtet haben, zum Abschluß eines schädigenden Vertrags verleitet ist, seinen Schadensersatzanspruch begründen muß, insbesondere ob er positives oder negatives Interesse zu beanspruchen hat, ist vom V. Sen. des RG. dahin entschieden, daß grundsätzlich nur das negative Interesse ausgelöst werde, daß aber mit Hilfe eines Analogieschlusses aus § 463 Satz 2 in allen Fällen das positive Interesse zu gewähren sei, in denen Sacheigenschaften den Gegenstand der arglistigen

Vorspiegelungen bilden. Gegen diesen Analogieschluß hat der Verf. bereits früher (vgl. DJZ. **13** 377, JDR. **12** 1 a) Bedenken wissenschaftlicher und praktischer Art erhoben. Der Präsident des genannten V. RGSen., Jeß, hat diese Bedenken in seinem Aufsatz im R. **14** 81 als unberechtigt zurückgewiesen. Die vorliegende Abhandlung stellt sich als eine Replik gegen die von Jeß vorgebrachten Argumente dar und kommt zu dem Schlusse, daß die Gleichsetzung der Arglist mit der Vertragsmäßigkeit, wie solche durch den Analogieschluß bewirkt wird, die Grenze zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung verwischt und dadurch Ergebnisse zeitigt, die mit dem Gerechtigkeitsgefühl in Widerspruch treten. (Vgl. im Ergebnis ebenso: Matthiessen, R. **14** 227.) **c)** *Fuchs, DJZ. **14** 913, bekämpft vom Standpunkte der soziologischen Rechtsfindung aus, d. h. nach dem einer gerechten Interessenabwägung und dem Rechtsgefühl entsprechenden vernünftigen Ergebnisse, die reichsgerichtliche Judikatur, wonach der Verkäufer bei arglistiger Vorspiegelung werterhöhender Eigenschaften auf das positive Vertragsinteresse haftet (wie im § 463 wegen „Nichterfüllung"). Der Analogieschluß aus § 463 Satz 2 wird als falsch dargetan und die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der §§ 823, 826, 249 ff. BGB. (negatives Interesse) als richtig nachgewiesen, soweit die Vorspiegelung sich nicht auf ädilizische Eigenschaften (§ 459 Abs. 1) bezieht. **d)** Anders jedoch *Kiehl, JW. **14** 497 ff. Das Gesetz will den Schadensersatzanspruch aus § 463 Satz 2 als einen vertraglichen angesehen wissen, weil der Verkäufer, der einen Fehler (§ 459) arglistig verschweigt, dafür so haften soll, als hätte er das Nichtvorhandensein des Fehlers vertraglich zugesagt. Wer das Vorhandensein einer tatsächlich nicht vorhandenen Eigenschaft arglistig nur versichert, haftet in entsprechender Anwendung des Satz 2 so, als hätte er die Eigenschaft vertraglich zugesichert (§ 459 Abs. 2). Da das Gesetz im Satz 2 eine Haftung „wegen Nichterfüllung" vorsieht, kann ihm nur der Gedanke zugrunde liegen, als habe der Käufer eigentlich die Erfüllung fordern dürfen, und als müsse jetzt, da die Erfüllbarkeit ausgeschlossen sei, an Stelle des Erfüllungsanspruchs der Anspruch wegen Nichterfüllung treten. Das Gesetz faßt die Ansprüche aus § 463 als Gewährleistungsansprüche auf und will daher dem Käufer, wie insbesondere die Fassung des § 480 Abs. 2 erkennen läßt, auch im Falle des Satz 2 nicht nur den Anspruch auf Schadensersatz, sondern anstatt dessen auch die beiden Rechtsbehelfe der Wandelung und Minderung geben. Daß das Gesetz nicht erst ausdrücklich sagt, dem Käufer stünden gegebenenfalls auch die beiden letzteren Rechtsbehelfe zu, erklärt sich daraus, daß es ohne weiteres davon ausgeht, der arglistige Verkäufer müsse sich in jeder Hinsicht so behandeln lassen, als hätte er eine unerfüllbare vertragliche Zusicherung abgegeben. **e)** *Geppert, JheringsJ. **64** 437 ff. Der Käufer, der durch Betrug des Verkäufers veranlaßt ist, den Kaufvertrag unter ungünstigeren Bedingungen abzuschließen, als er sonst bewilligt haben würde, kann bei dem Vertrage stehen bleiben und verlangen, daß ihm die verkaufte Sache unter denjenigen Bedingungen belassen wird, die er ohne den Betrug zugestanden haben würde. Dieser Rechtssatz galt gleichmäßig im Gem. Rechte, im PrALR., in der Praxis des franz. Rechtes, im Sächs. und ÖstGB.; die Motive ergaben, daß das BGB. nichts Abweichendes hat bringen wollen. Zu Unrecht verlangt neuerdings das RG. den Nachweis, daß auch der Verkäufer auf die ungünstigeren Bedingungen eingegangen sein würde. — Die Anwendung des so entwickelten Rechtssatzes macht die analoge Auslegung, die das RG. unter vielfachem Widerspruch in der Literatur dem § 463 Satz 2 gegeben hat, überflüssig. **f)** **RG. 83** 241 ff., JW. **14** 140 hält an der Ansicht fest, daß der Schadensersatzanspruch wegen betrügerischer Vorspiegelungen über den Wert einer abgetretenen Hypothek nicht nach § 463, sondern ausschließlich nach § 249 zu beurteilen sei, daß der Geschädigte sonach nur Herstellung desjenigen Zustandes verlangen könne, der bestanden hätte, wenn der Betrug nicht vorgefallen wäre (vgl. schon JDR. **9** II 1 a, **11** 2 a). Es haftet aber auch der Vertretene dem

Vertragsgegner auf Ersatz des Erfüllungsinteresses, wenn der Vertreter bei dem innerhalb seiner Vollmacht liegenden Abschluß eines Kaufvertrags dem Vertragsgegner arglistig das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache vorgespiegelt hat (s. näheres aaO. 244).

2. Arglistiges Verschweigen (JDR. **11** 3). a) Adler, GrünhutsZ. **39** 550. List ist die auf Ausnützung der Verstandesschwäche, des Irrtums oder der Unwissenheit eines anderen zu eigenem Vorteile gerichtete Absicht. Zur List gehört, daß der Irrtum des anderen herbeigeführt oder mindestens vermutet wird. Nicht jede List ist im Verkehre verpönt. Dies geschieht nur, wenn die List eine „arge" ist. Sie ist dies entweder a) durch die angewendeten Mittel des Käufers oder b) durch die Größe des beabsichtigten Schadens oder der Gefahr und die Rücksichtslosigkeit der Übervorteilung, oder c) durch ihre Gemeingefährlichkeit, d) durch Umstände, die das Reden besonders geboten erscheinen lassen, e) durch die Vereinigung mehrerer der a—d bezeichneten Gründe. **b)** Adler, GrünhutsZ. **39** 554. Es entsteht die Frage, ob Maßnahmen, die die Täuschung hervorrufen sollen, daß der Verkäufer ein Gutgewicht gewähre, während er bloß das vereinbarte Grundquantum liefert, arglistige Verschweigung begründen, z. B. die Angabe, daß ein Gutgewicht gewährt sei, während bloß die Verpackung schwerer gemacht ist. Die Antwort wird davon abhängen, ob sich aus Handelssitte und Vertragsverhandlungen ein Recht auf ein bestimmtes Gutgewicht ergibt. In diesem Falle hat die Täuschung zivilrechtliche Folgen und begründet arglistiges Verschweigen. Davon zu unterscheiden ist der Fall einer falschen Gewichtsangabe auf der Emballage, die einen Sachmangel auch dann begründen kann, wenn der geringere Inhalt dem Vertrag entspricht, falls die Ware in derselben Emballage weiterveräußert werden soll. **c) RG.** R. **14** Nr. 2422. Arglistiges Verschweigen durch den Verkäufer des Gutes liegt auch dann vor, wenn er, trotzdem er von zuverlässigen Personen auf die Unrichtigkeit der Angaben der landschaftlichen Taxe über die Größe des drainierten Teiles hingewiesen worden war, dem Käufer diese Zweifel an der Richtigkeit der Taxe nicht mitteilt. **d) RG.** R. **14** Nr. 2424. Das bloße Verschweigen eines dem Verkäufer bekannten Mangels ist nur dann Arglist, wenn zugleich festgestellt wird, daß der Verkäufer darauf gerechnet hat, der Käufer werde den Mangel nicht bemerken und deshalb über die wahre Beschaffenheit des Kaufgegenstandes getäuscht werden. **e) RG.** JW. **14** 189, LeipzZ. **14** 928. Der Verkäufer handelt arglistig, wenn er in Kenntnis der Unwahrhaftigkeit seines Verhaltens und im Bewußtsein, daß die Angabe der Wahrheit den Käufer möglicherweise und nach vernünftigem Ermessen vom Kauf abhalten könnte, absichtlich Fehler verschweigt oder Eigenschaften vorspiegelt. Eine Absicht, den Käufer zu schädigen oder eine tatsächlich eintretende Beeinflussung des Willens des Käufers durch die Täuschung ist nicht erforderlich. **f) RG.** LeipzZ. **14** 1207 über arglistige Täuschung des Käufers bei Abschluß des Vertrags durch den mit den Kaufsverhandlungen, aber nicht mit dem Abschlusse Beauftragten des Verkäufers.

3. a) **RG.** JW. **14** 1039. Ein Verkäufer, der arglistig eine bestimmte Größe des verkauften Grundstücks außervertraglich zugesichert hat, haftet ebenso, wie wenn er eine wirkliche Eigenschaft des Grundstücks zugesichert hätte. **b) RG.** R. **14** Nr. 2421. Gegenüber arglistig vorgespiegelten Eigenschaften kann sich der Verkäufer nicht auf die Angemessenheit des Preises zufolge anderweitiger Vorzüge berufen. **c) RG.** R. **14** Nr. 2423. Der Umstand, daß der Käufer das Gut um einen bedeutend höheren Preis weiterverkauft hat, kommt für die Höhe seines Schadensersatzanspruchs aus § 463 nicht in Betracht.

4. Zusicherung (vgl. zunächst oben Ziff. 3 zu § 459). a) **RG.** R. **14** Nr. 333. Werden Erbsen als Pferdefutter verkauft, so liegt darin noch nicht die stillschweigende Zusicherung im Sinne des § 463, daß die Erbsen zur Fütterung von Pferden ohne Gefährdung der Gesundheit des Tieres verwendet werden können. **b) RG.** R. **14**

Nr. 1555. Betrifft der Verkauf das Recht zum Alleinvertrieb eines Apparats, dessen Unbrauchbarkeit der Verkäufer beim Abschlusse des Vertrags gekannt hat, so können seine Äußerungen über das in Aussicht stehende glänzende Geschäft nicht mehr unter dem Gesichtspunkt einer allgemein im Handelsverkehr üblichen Anpreisung gewürdigt werden. c) BadRpr. **14** 57 (Karlsruhe) über die Zusicherung des Verkäufers, daß eine gebrauchte Dampfmaschine in tadellosem Zustand und betriebsvollständig sei.

5. Eigenschaften (vgl. zunächst Ziff. 2 zu § 459). a) **RG.** JW. **14** 74. Die „Unkosten" eines Grundstücks sind als wesentliche Eigenschaften desselben anzusehen; in ihrer wissentlich zu niedrigen Angabe liegt die betrügliche Vorspiegelung einer Eigenschaft des Grundstücks; der im § 463 BGB. anerkannte Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus arglistigem Verschweigen eines Fehlers der Kaufsache ist vertraglicher Anspruch. b) OLG. **28** 132 (Hamburg). Ein Typmuster ist lediglich dazu bestimmt, die Beschaffenheit der zu liefernden Ware ungefähr wiederzugeben, und seine Übereinstimmung mit der Ware befreit den Verkäufer nicht von der Verpflichtung, eine zu ihrer regelmäßigen Verwendung geeignete Ware zu liefern.

6. a) **RG.** R. **14** Nr. 605. Auch wenn der getäuschte Käufer seinen Anspruch auf das positive Interesse nur unter Anführung von §§ 823, 826 geltend macht, hat das Gericht von Amts wegen § 463 heranzuziehen. b) R. **14** Nr. 911 (Stuttgart). Der Anspruch aus § 463 Satz 2 setzt einen ursächlichen Zusammenhang zwischen Täuschung und Kaufswillen nicht voraus.

§ 464. OLG. 28 130 (Rostock). § 464 ist entsprechend anzuwenden, wenn der Käufer in Kenntnis der Mängelrüge seines Abnehmers weiter abnimmt.

§ 465. **RG.** R. **14** Nr. 474. Die Wandelung ist auch dann dem ursprünglichen Verkäufer gegenüber zu erklären, wenn dieser sein Recht aus dem Verkauf auf einen anderen übertragen hat.

§ 466. Adler, Beiträge zum Rechte der Gewährleistung, GoldschmidtsZ. 75 489. Die Aufforderung des § 466 ist unter Umständen auch zu gestatten, wenn der Verkäufer selbst den Mangel zur Sprache bringt. Es ist in diesem Falle gegen Treu und Glauben, wenn der Käufer ohne triftigen Grund eine Äußerung verweigert, oder einen für ihn erkennbaren Mangel leugnet und ihn später doch geltend machen will. Gibt er aber den Mangel zu, so hat er ihn dem Verkäufer gegenüber behauptet, und der Weg zur Aufforderung nach § 466 ist frei.

§ 467. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1256. Die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht sind in der Weise auf die Wandelung entsprechend anzuwenden, daß statt der Rücktrittserklärung des Berechtigten die Vollziehung der Wandelung gemäß § 465 BGB. als diejenige Rechtshandlung anzusehen ist, bis zu der ein Verschulden der im § 351 BGB. bezeichneten Art den Ausschluß des Wandelungsrechts zur Folge hat.

2. Arglistiges Handeln (vgl. oben Ziff. 2 zu § 463). **RG.** JW. **14** 75, WarnE. **14** 162. Wer betrügliche Zusicherungen einer Eigenschaft macht und seine darauf bezüglichen Angaben bei dem Vertragschlusse nicht richtig stellt, verschweigt arglistig einen Mangel der Sache (JW. **11** 808).

3. **RG.** JW. **14** 467. Wer sich ein Wandelungsrecht wahren will, ist nicht berechtigt, Teile der empfangenen Sache für sich zu verwenden und den Vertragsgegner auf einen Ersatzanspruch zu verweisen.

4. **RG.** R. **14** Nr. 1821. Wenn der Käufer eines Wirtschaftsgrundstücks wandelt, weil ihm wegen baulicher Mängel des Hauses die Konzession versagt worden ist, so hat er die Unmöglichkeit der Herausgabe des Grundstücks verschuldet, wenn er vor dem Vollzuge der Wandelung eine Hypothek gekündigt hat und infolgedessen das Grundstück zwangsversteigert worden ist.

5. OLG. **28** 138 (KG.). Die Aufwendungen, die der Käufer gemacht hat und machen mußte, damit die Sache den Zwecken des Vertrags entsprechend gebraucht werden kann, sind als notwendige Verwendungen der §§ 347, 994 Abs. 1 anzusehen, deren Ersatz der Käufer nach § 467 fordern kann. (Erstattungsfähig Kosten für Einbau des gekauften Motors in das Boot, nicht erstattungsfähig Kosten für Entfernung dieses und Wiedereinbau des alten Motors. Insoweit nur Schadensersatzanspruch.)

6. Erstattung der dem Wandelungskläger entstandenen Kosten (JDR. **8, 10, 11** 3). a) R. **14** Nr. 758 (Braunschweig). Der Wandelungskläger kann nach den Grundsätzen der Wandelung Erstattung der Kosten verlangen, die durch Einholung eines Privatgutachtens zum Zwecke der einwandfreien Mängelfeststellung entstanden sind. b) OLG. **28** 137 (Braunschweig). Mit dem Wandelungsanspruche kann der Ersatz von Umzugskosten nicht verlangt werden.

§ 469. 1. R. **14** 1675 (Stuttgart). Holzstücke, die einzeln gemessen, verzeichnet und bezeichnet sind und bei der Fabrikation einzeln verwendet werden, sind an sich keine zusammenhängenden Sachen. Der Käufer einer Partie Holz aber, die ihm mit Rücksicht auf kleine Fehler einzelner Stücke zu einem Durchschnittspreis überlassen worden war, kann Wandelung nur hinsichtlich der ganzen Partie, nicht hinsichtlich einzelner Stücke verlangen, denn insoweit sind die Sachen doch als zusammengehörig verkauft worden, weil ihr Zusammensein für die Bildung des Durchschnittspreises wesentlich war.

2. R. **14** Nr. 334 (Hamburg). Eine Trockenanlage zum Trocknen zerkleinerter Mandeln und eine Mischtrommel zum Zusetzen von Parfüm sind zwar keine zusammengehörende Sachen im Sinne des § 469, sie stehen aber im Verhältnisse von Hauptsache zur Nebensache.

§ 476. 1. **RG.** JW. **14** 75, WarnE. **14** 162 hält daran fest, daß die betrügerische Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache, auch wenn sie nicht in den formellen Kaufvertrag aufgenommen ist, den Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses begründet. Wer betrügerische Zusicherungen einer Eigenschaft gemacht hat und seine darauf bezüglichen Angaben bei dem Vertragsschlusse nicht richtig stellt, der verschweigt arglistig einen Mangel der Sache (vgl. **RG.** JW. **11** 808, JDR. **10** zu §§ 476, 477).

2. OLG. **28** 172 (München). Für § 476 ist dann kein Raum, wenn der Gewährerlaß vor der Mängelverschweigung vereinbart war.

§ 477. RG. R. **14** Nr. 1405. Vierjährige Garantie bedeutet lediglich Hinausschiebung der sechsmonatigen Verjährung bis zur Entdeckung des Mangels innerhalb vier Jahren.

§ 478. OLG. **28** 134 (Rostock). Nach Vollendung der Verjährung bleibt außer dem im § 478 anerkannten Leistungsverweigerungsrecht ein zur Aufrechnung geeigneter Anspruch auf Rückzahlung eines Teiles des Kaufpreises nicht mehr bestehen. Entsprechendes gilt für § 479.

§ 479. RG. R. **14** Nr. 336. Auch Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter mangelhafter Lieferung können nach Verjährungsablauf und gegen Anspruch aus demselben Geschäft aufgerechnet werden.

§ 480. PosMSchr. **14** 7 (Posen). Der mangelhaft liefernde Verkäufer muß dem Käufer die ihm wegen der Ware im Prozesse mit seinem Kunden erwachsenen Kosten erstatten. Auch in einem solchen Falle sind an die Schadensersatzpflicht keine strengeren Anforderungen zu stellen (vgl. jedoch **RG. 52** 348).

§ 492. 1. Trächtigkeitsgarantie (JDR. **9** 5, **10** 1, **11** 1, **12**). *Hanke, Trächtigkeitszusage und Verjährung, GruchotsBeitr. **58** 615 ff. A. Die Trächtigkeitszusage mit Festsetzung eines zeitlich mehr oder weniger genau bestimmten Endtermins der Trächtigkeit enthält die Zusicherung einer Eigenschaft, die sich in einer gewissen Zeit erfüllen soll. In dieser Zusicherung liegt

zugleich die stillschweigende Vereinbarung, daß der Käufer seine Rechte nicht früher geltend zu machen braucht, als bis die für ihre Erfüllung gesetzte Zeit abgelaufen ist. Mit anderen Worten die Verjährung wird bis zum Ablaufe des Endtermins durch Vertrag hinausgeschoben (§ 477 Abs. 1 Satz 2). Anders die früher herrschende Meinung. Sie unterscheidet scharf, je nachdem das Ende der Trächtigkeit kalendermäßig bestimmt, z. B. auf 1. März oder nur ungefähr, z. B. auf Ende Februar oder Anfang März festgesetzt wird. In dem ersten Falle nimmt sie die gleichzeitige Vereinbarung einer Gewährfrist an und läßt deshalb den Verjährungsbeginn erst mit dem Ablaufe der Frist eintreten, in dem zweiten Falle soll dagegen die Verjährung ohne weiteres mit der Ablieferung des Tieres beginnen. Widerlegung s. 616 ff., sowie Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 144 ff. B. a) Eine vertragsmäßige Verlängerung der Verjährung findet auch bei der Trächtigkeitszusage ohne Festsetzung eines Endtermins der Trächtigkeit (Zusage der Trächtigkeit schlechthin und Zusage einer bestimmten Dauer der Trächtigkeit) statt, indem hier der Verjährungsbeginn bis zum Ablaufe der Trächtigkeitsdauer stillschweigend hinausgeschoben wird. Die Trächtigkeit ist ein Zustand, der naturnotwendig ohne das Hinzutreten außergewöhnlicher Umstände zu dem Werfen des Tieres führen muß. Mit dieser selbstverständlichen Folge der Trächtigkeit wird im Verkehre gerechnet. Sichert z. B. der Verkäufer zu, daß die Kuh 6 Monate trächtig sei, so wird erwartet, daß sie in rund 3 Monaten mit dem Kalbe kommt. Es entspricht daher auch allein dem Willen der Parteien, daß der Käufer nicht aufs Geratewohl binnen 6 Wochen nach der Übergabe zu klagen braucht, sondern berechtigt sein soll, den Ablauf der Trächtigkeitsdauer als den Zeitpunkt abzuwarten, in dem er regelmäßig erst die Gewißheit über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Zusage erlangen kann. Des Näheren s. Begründung 621 ff. Zustimmend jetzt auch **RG.** JW. **14** 589. b) Der Berechnung der Verjährungsfrist zugrundezulegen ist die gewöhnliche Trächtigkeitsdauer, wie sie durch den Verkehr bestimmt wird. Denn nur an diese denken die Parteien, wenn sie sich über eine Trächtigkeitszusage einigen (Hanke, Sonderrecht des Viehkaufs 149). Da der Verkehr mit festen Ziffern rechnet, so bietet die Feststellung des Verjährungsbeginns keine Schwierigkeiten. c) Der einmal vertragsmäßig festgelegte Verjährungsbeginn wird durch eine schon vor der Zeit erlangte Kenntnis des Käuferrs von dem Mangel der zugesicherten Trächtigkeit nicht berührt. Begründung s. 628.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 943, JW. **14** 589, R. **14** Nr. 1406. Stillschweigendes Hinausschieben des Beginns der Verjährungszeit der Gewährleistung, der Hengst decke und erbe, konnte, wenn sie überhaupt einen Sinn hatte, nur so von den Parteien gemeint sein, daß gleichzeitig der Klägerin das Recht zu einer entsprechend späteren Geltendmachung des Mangels eingeräumt wurde. Diese Vereinbarung bedurfte, da sie sich aus der Natur der Sache ergab, nicht eines besonderen Ausdrucks in den Parteiabreden. Es steht ihr auch nicht entgegen, daß mangels einer ausdrücklichen Regelung die zeitliche Grenze der Gewährleistungspflicht nicht ohne weiteres erkennbar ist. In einem solchen Falle hat der Richter die in dem ausdrücklich Abgesprochenen vorhandene Lücke so auszufüllen, wie es unter den besonderen Umständen Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2642. Soll die Berechnung des Preises vertragsmäßig nach dem Ausfall einer gemeinsam gezogenen Probe geschehen, so ist diese Probe gleichwohl nicht maßgebend, wenn sie durch Zufall ganz außerordentlich von der durchschnittlichen Beschaffenheit der Ware abweicht.

2. SeuffA. **69** 9 (Braunschweig). Man wird schon im allgemeinen davon ausgehen müssen, daß der Käufer eine Probe, die ihm bei oder gar nach Abschluß des Kaufes übergeben wird, zum Beweise aufzuheben hat. Ganz besonders aber wird man eine solche Vertragsabsicht der Parteien unterstellen müssen, wenn es sich um den Verkauf von Feldfrüchten oder anderen Produkten handelt.

§ 495. OLG. **28** 139 (Dresden). Aus der Verpflichtung, dem Käufer die Benutzung während der Probezeit zu gestatten, folgt ohne weiteres die fernere Pflicht des Verkäufers, eine auf Mängel der Montierung, auf Undichtigkeit von ihm zur Verwendung gebrachter Armaturstücke und ähnliche Fehler zurückzuführende Hinderung des Käufers in der probeweisen Benutzung auf Ausstellung des letzteren alsbald zu beseitigen.

Zweiter Titel. Schenkung.

Literatur: Reichel, Zum Schenkungsrecht, in der Einweihungsfestschrift der Züricher Juristenfakultät 1914, 109 ff.

§ 516. 1. *Reichel, Zum Schenkungsrechte 110 ff. Bei Geschenken des Vaters an sein geschäftsunfähiges Kind ist regelmäßig anzunehmen, daß der Vater von Anfang an den Geschenkgegenstand namens seines Kindes kauft und sich übergeben läßt; kauft er aber im eigenen Namen, so geht doch alsbald vermöge constitutum possessorium das Eigentum vom Vater auf das Kind über; § 181 BGB. steht dem nicht entgegen, da ein reiner Vorteil des Kindes in Frage steht.

2. **RG.** SächsRpflA. **14** 211. Die Bürgschaftsleistung einer Ehefrau, die erfolgt um den Konkurs des Mannes abzuwenden, ist keine unentgeltliche Leistung.

3. **RG. 83** 223—231 über die Frage der Wirksamkeit der Schenkung beweglicher Sachen, die nach dem Tode des Schenkers durch einen Boten des Verstorbenen dem Beschenkten überbracht werden.

4. OLG. **28** 174 (KG.) über Aussteuer- und Rentenversprechen als Schenkung.

§ 518. Vollziehung der Schenkung (JDR. **9** 1, **10** 5, **11** 1). 1. *Reichel, Zum Schenkungsrechte 118 ff. Eine Vollziehung der Schenkzusage liegt weder in der Gutschrift in den Büchern des Schenkers, noch in der Saldoziehung und -anerkennung seitens des Schenkers, noch in der Abgabe eines abstrakten Schuld- oder Wechselversprechens; es ist vielmehr reale Wertbewegung, effektiver Übergang des zugedachten Gegenstandes aus dem Vermögen des Schenkers in das des Beschenkten erfordert.

2. **RG.** SeuffA. **69** 223, R. **14** Nr. 337. Wenn der Schenkgeber auf Grund des Schenkungsversprechens einen Schuldschein über ein Darlehen ausstellt, so liegt wiederum nur ein Versprechen vor. Die versprochene Leistung ist dadurch nicht im Sinne des § 518 Abs. 2 bewirkt. Diese Bestimmung erfordert eine Leistung derart, daß eine Forderung für den, der beschenkt werden soll, nicht bestehen bleibt (vgl. **RG. 71** 291).

3. **RG. 83** 231. Die Heilung des Formmangels kann nicht schon durch vorbereitende Handlungen, sondern nur durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes zu Lebzeiten des Schenkers erfolgen.

§ 530. Grober Undank. **RG.** R. **14** Nr. 475. Darin, daß die Ehefrau vom Manne fortzieht und hierbei die gesamte — dem Manne gehörige — Wohnungseinrichtung mitnimmt, ist, wenn die Frau genügenden Anlaß zum Wegziehen hatte, kein grober Undank im Sinne des § 530 zu finden.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

Literatur: Hinsberg, Über den Umfang des Verpächterpfandrechts (§ 585 BGB.), GruchotsBeitr. **58** 629—633. — Hörle, Die Haftung des Mieters für den Schaden, den der Frachtführer oder seine Leute beim Umzug anrichten (§ 278 BGB.), R. **14** 492—509. —

Josef, Bevollmächtigung zur Vermietung und Einwilligung zu ihr, LeipzZ. **14** 925—927. — Derselbe, Die Haftung des Wohnungsmieters für Beschädigung durch seine Hausgenossen, JW. **14** 1026—1031.

I. Miete.

§ 535. 1. Pinner, Die prozessualen Not-Kriegsgesetze des Deutschen Reiches, Jahresbericht der Berliner Juristischen Gesellschaft für 1914, 173 ff. Das Gesetz betreffend den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen übt hinsichtlich der Mietklagen eine große kaum zu überschätzende Bedeutung in volkswirtschaftlicher Beziehung aus. Indem das Gesetz dem Vermieter die Möglichkeit nimmt, Mietklagen gegen die Kriegsteilnehmer durchzuführen, bewirkt es, daß diejenigen, die im Felde sind, mit ihren Familien während der Dauer des Krieges wohnen bleiben können, ohne Miete zu zahlen, d. h. die Sorge für das Unterkommen der Kriegsteilnehmer und ihrer Familien ist den Hauswirten aufgebürdet. Während im allgemeinen der Grundsatz herrscht, daß die materielle Sorge für die Kriegsteilnehmer von der Allgemeinheit getragen wird, ist es hier ein Stand, der der Hauseigentümer, der die Last zu tragen hat. Mit dem Hauseigentümer leiden in gewisser Weise auch die Hypothekengläubiger, denn wenn der Eigentümer des Hauses keine Mieten einzieht, kann er auch die Hypothekenzinsen nicht oder nur teilweise begleichen; doch sind die Hypothekengläubiger, falls nicht etwa auch der Hauseigentümer dienstpflichtig ist, in einer besseren Lage, sie können vorgehen, der Hauseigentümer kann höchstens die dreimonatige Frist beanspruchen, es kann aber eventuell das Grundstück subhastiert werden (174).

2. Mittelstein, DJZ. **15** 195. Nach dem 31. Juli 1914 fällig gewordene Mietzinsforderungen aus einem vor diesem Tage begonnenen Mietverhältnisse sind als vor dem 31. Juli 1914 entstanden im Sinne der Bek. vom 7. August 1914 betr. die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen anzusehen. Bestimmt ein Mietvertrag, der bis zum 1. Oktober 1914 geschlossen ist, daß er mangels Kündigung sich verlängert, so ist, wenn nicht gekündigt war, das Mietverhältnis fortgesetzt. Weil das geschehen ist auf Grund des alten Vertrags, so ist das alte Mietverhältnis bestehen geblieben, und deshalb greift die Bundesratsverordnung auch für die weiter fällig werdenden Mietzinsbeträge Platz. Enthielt dagegen der Mietvertrag keine Bestimmungen über seine Verlängerung und war die Vertragszeit abgelaufen, so wird damit das Mietverhältnis beendigt. Alle Mieter, deren Mietvertrag nach dem 31. Juli 1914 erlosch und die einen neuen Mietvertrag, sei es mit dem alten, sei es mit einem neuen Mieter schließen, genießen nicht die Erleichterung der Bundesratsverordnung, denn sie mieten neu unter Herrschaft der ihnen bekannten Kriegslage. Vgl. auch Spiller, DJZ. **15** 99.

3. Mayer, WürttRpflZ. **14** 232. Die Ehefrau des im Felde stehenden Mannes kann mit dem Vermieter Verträge schließen, wonach sie die zweifellosen Mietrückstände anerkennt und für einen Teil des Mietzinses Stundung mit dem Vermieter bis nach Beendigung des Kriegszustandes vereinbart, oder eine Vereinbarung über die Aufhebung eines Mietvertrags über eine unter den jetzigen Verhältnissen zu teure Wohnung gegen Bezahlung einer Abstandssumme zugleich im Namen des Ehemanns treffen. Denn in der Regel ist vor dem Weggange des Ehemanns zwischen den Eheleuten über die nächste Zukunft gesprochen worden. Der Ehemann wird der Ehefrau gesagt haben, sie solle sehen, wie sie durchkomme, sie solle das Notwendigste besorgen oder ähnlich. In dieser Erklärung, so allgemein sie gehalten ist, liegt bei richtiger Auslegung eine Bevollmächtigung der Ehefrau jedenfalls zu denjenigen Geschäften, welche ohne wesentliche Nachteile für den standesmäßigen Unterhalt der Familie nicht aufgeschoben werden können.

4. Pinner, Die prozessualen Not-Kriegsgesetze, Jahresbericht der Berliner Juristischen Gesellschaft für 1914, 174. Sowohl die Klagen auf Mietzahlung als

auf Exmission fallen, da beide vermögensrechtliche Ansprüche sind, unter das Gesetz betr. den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen. Es kann auch nicht etwa, wie vielfach versucht worden ist, auf Grund des Eigentumsrechts gegen die Frau des Kriegsteilnehmers mit der Behauptung geklagt werden, daß die Miete infolge Kündigung oder durch Nichtzahlung des Mietzinses ihr Ende erreicht hat. § 556 Abs. 3 kommt hierbei nicht in Betracht. Dort ist bestimmt, daß, wenn der Mieter den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen hat, der Vermieter die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch vom Dritten zurückfordern kann. Die Ehefrau ist keine Dritte, der der Mann die Benutzung überlassen hat.

5. Mayer, Durch den Krieg entstandene Streitfragen, WürttRpflZ. **14** 260. Der Räumungsanspruch gegen die Ehefrau eines Eingerückten hat bis zum Endurteile folgendes Rechtsschicksal: Dadurch, daß der Ehemann infolge eines im § 2 G. vom 4. August 1914 erwähnten militärischen Verhältnisses die Wohnung verläßt, verliert er den Mitbesitz an der Wohnung nicht, ebensowenig den Alleinbesitz der von ihm seither besessenen Sachen. Der Krieg mag lange dauern, er stellt trotzdem eine seiner Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt dar (§ 856 Abs. 2). Beide Eheleute sind also nach wie vor Mitbesitzer der Wohnung, der Ehemann Besitzer seiner eigenen Sachen und soweit nicht das Gegenteil feststeht, der seiner Verwaltung unterliegenden, zum Gesamtgut oder zum eingebrachten Gute der Ehefrau gehörigen Sachen. Die Räumungsklage, ob sie nun auf den Mietvertrag oder auf §§ 985 ff. gestützt wird, muß deshalb gegen beide Eheleute eingereicht werden, widrigenfalls sie wegen mangelnder Passivlegitimation abzuweisen ist. Die Eheleute sind im Prozesse notwendige Streitgenossen. Das Verfahren gegen beide ist ein einheitliches. Es wird dadurch, daß die BundesratsVO. vom 4. August 1914 die Unterbrechung des Verfahrens gegen einen Eingerückten anordnet, gegen beide Eheleute unterbrochen, event. kann der Antrag auf Aussetzung des ganzen Verfahrens nach § 3 dieser BundesratsVO. gestellt werden. Selbst wenn die Ehefrau den Mietvertrag allein unterzeichnet haben sollte, bleibt das Ergebnis dasselbe, falls der Ehemann im Augenblicke des Einrückens mit der Ehefrau in der Wohnung zusammen lebte und infolgedessen Mitbesitz an der Wohnung hatte. Es kann somit der Vermieter die Räumung der zurückgebliebenen Ehefrau aus der ehelichen Wohnung nicht durchsetzen.

6. a) Pinner, Die prozessualen Not-Kriegsgesetze, Jahresbericht der Berliner Juristischen Gesellschaft für 1914, 175. Wenn die Frau den Mietvertrag mitunterschrieben hat, würde, auch wenn man annehmen wollte, daß ein Urteil gegen sie zulässig wäre, die Vollstreckung doch nach dem Wortlaut und Sinne des Notgesetzes unzulässig sein. Die Räumung, die gegen die Frau vollstreckt wird, würde auch die Räumung durch den Mann zur Folge haben, dies aber ist nicht zulässig. Auch würde das ehemännliche Verwaltungsrecht an den Sachen der Ehefrau berührt werden. Demnach ist die Ansicht von Güthe und Asch (JW. **14** 853), daß, auch wenn ein Räumungsurteil gegen die Frau ergangen ist, die Vollstreckung unzulässig sei, zu billigen. **b)** AM. JW. **15** 58 (Frankfurt), das die als Mitmieterin haftende Ehefrau eines Kriegsteilnehmers zur Räumung der Wohnung für verpflichtet hält. Es stehe der Frau dem Vermieter gegenüber nicht das Recht zu, sich wegen des Weiterbewohnens der Wohnung auf ihre aus § 1354 sich ergebenden Pflichten zu berufen. Denn es würde einen Mißbrauch des ehemännlichen Rechtes darstellen, wenn der Mann zum ferneren Aufenthalte für seine Frau eine Wohnung bestimmen würde, die die Frau unter seiner Zustimmung gemietet und zu gegebener Zeit wieder zu räumen dem Vermieter versprochen hat und durch deren Weiterbenutzung sie sich also einer Vertragsverletzung dem Vermieter gegenüber schuldig machen würde. **c)** Über die Räumungsklage unter den Kriegsnotgesetzen vgl. auch Seeger und Schwarzschild, JW. **14** 991 u. 992.

7. Weckmeyer, DJZ. 15 102. Die Verpflichtung eines Automobilbesitzers zur Zahlung der Garagenmiete hört nicht auf, wenn das Automobil auf Grund des Gesetzes über die Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873 und der AusführungsVO. vom 1. April 1876 für Kriegszwecke ausgehoben wird.

8. a) Josef, JW. 14 1026 ff. Dem Wohnungsmieter liegt eine Obhutspflicht (die Pflicht zu schonender Behandlung) ob, die sich, wie die §§ 550, 553 ergeben, als eine Leistungspflicht darstellt, und die er mit der Wirkung des § 278 auf Dritte übertragen kann, so z. B. auf den Aftermieter, den Hausverwalter und auf die Personen, denen er die im Interesse des Vermieters erforderliche Behandlung der Parkettböden überträgt. Dagegen überträgt er diese Obhutspflicht auf Dritte nicht schon dadurch, daß er sie an seinem Gebrauchsrechte teilnehmen läßt (z. B. seine Familienglieder, seine Bediensteten, seine Gäste und seine Gewerbegehilfen), mögen auch die ihnen gegenüber dem Mieter obliegenden Verrichtungen eine räumliche Befassung mit den Einrichtungen der Mietwohnung (so besonders mit den Heiz-, Koch-, Beleuchtungs- und Wasserleitungseinrichtungen) erfordern. Nach der Verkehrsauffassung stehen solche Bedienstete und Gewerbegehilfen in gar keiner Beziehung zu den Verbindlichkeiten, die der Dienstberechtigte in seiner Eigenschaft als Mieter hat, und sie sind von diesem nicht zwecks Erfüllung solcher Verbindlichkeiten bestellt. Wenn die bloße Übertragung von Verrichtungen in der Mietwohnung eine Haftung des Mieters für Verschulden seiner Hausgenossen und Gewerbegehilfen begründen würde, so wäre die Vorschrift des § 549 Abs. 2 (wonach der Mieter für Verschulden seines Aftermieters haftet) selbstverständlich und fortgeblieben. Der Mieter haftet also nicht für den Schaden, den seine Hausgenossen oder Gäste dadurch verursachen, daß sie bei Sturm oder Frost das Schließen der Fenster unterlassen. Wenn der Mieter seinen Angestellten die Heizung, Reinigung, Wasserentnahme überträgt, so tut er dies in seinem alleinigen Interesse; er hat aber nicht (wie betreffs der erwähnten Parkettböden) eine „Verbindlichkeit" zu bestimmten Verrichtungen betreffs der Mieträume und der Wasserleitung, bedient sich folglich hierbei nicht seiner Angestellten mit der Wirkung des § 278. **b) RG.** JW. **14** 465 ff., GruchotsBeitr. **59** 112, LeipzZ. **14** 938. Vertraut ein Mieter seinen Angestellten die Mieträume zum Gebrauch oder Mitgebrauch an, so sind sie seine Erfüllungsgehilfen hinsichtlich der Verpflichtung zur schonenden Behandlung der Räume. Er haftet daher, wenn einer der Angestellten in ursächlichem Zusammenhange mit seiner in diesen Räumen zu verrichtenden Arbeitsleistung seine Pflicht zu pfleglicher Behandlung der Mieträume verletzt und hierdurch dem Vermieter ein Schaden erwächst.

9. Josef, LeipzZ. 14 925 ff. Hat der Hausverwalter im eigenen Namen vermietet, so liegt der Fall des § 182 vor, d. h. infolge der vom Eigentümer dem Verwalter erklärten Zustimmung hat der Vertrag für den Eigentümer Wirksamkeit. Dem Eigentümer ist also, nicht bloß, wie Lenel, DJZ. 13 885 meint, verboten, sein Eigentum im Widerspruche mit den vom Hausverwalter als Vermieter übernommenen Verpflichtungen geltend zu machen, sondern der Eigentümer wird nach jeder Richtung hin positiv aus dem vom Verwalter geschlossenen Vertrage verpflichtet. Der Umstand, daß der Verwalter in eigenem Namen abschloß, ist ein rein zufälliger und hat für die Verpflichtungen des Eigentümers dieselben Folgen, als ob der Verwalter im Namen des Eigentümers abgeschlossen hätte.

10. **RG.** LeipzZ. **14** 1027. Rechtswirksamer Abschluß eines Mietvertrags, auch wenn die Festsetzung der Höhe des Mietpreises späterer Vereinbarung vorbehalten bleibt. Vgl. auch **RG.** JDR. **12** II 3.

11. Sachmiete und ähnliche Verträge. **a)** Focke, Das Besitzverhältnis am Schrankfachinhalte, HoldheimsMSchr. **14** 109, vertritt die Ansicht, daß der Schrankfachvertrag reiner Mietvertrag ist. **b) RG.** JW. **14** 403. Das RG.

hat einen Vertrag, in dem ein Grundstückseigentümer das Grundstück einer Gesellschaft zur Errichtung und zum Betrieb eines Panoramas und eines Theaters gegen einen „Platzmiete" genannten Prozentsatz der Einnahme überlassen hat, nach den Umständen des Falles als Mietvertrag nicht als Gesellschaftsvertrag angesehen. **c)** R. **14** Nr. 759 (Hamburg). Der Vertrag, mit dem der Kläger dem Beklagten fortlaufend Films zur Benutzung gegen Entgelt überlassen hat, ist als Mietvertrag aufzufassen. Liefert Beklagter einen Film beschädigt zurück, so ist es seine Sache, darzutun, auf welche Ursachen die Beschädigung zurückzuführen ist und nachzuweisen, daß er diese Ursachen nicht verschuldet hat. **d)** SchlHolstAnz. **14** 231 (Kiel). Der Vertrag über die entgeltliche Überlassung von Räumen für einen Wirtschaftsbetrieb ist vorliegend als Mietvertrag anzusehen, weil es sich um die Überlassung leerer Räume handelte, die ohne weiteres einen Wirtschaftsbetrieb noch gar nicht zuließen; dabei ist unerheblich, daß durch bauliche Veränderungen die Möglichkeit zur Einrichtung einer Gastwirtschaft geschaffen war.

12. Schulze, DJZ. **14** 749. Eine Verpflichtung des Vermieters, einen „stillen Portier" im Hause anzubringen, besteht nicht. Solange aber der Wirt den „stillen Portier" im Hause beläßt, erwachsen ihm den Mietern gegenüber bestimmte in den §§ 536, 542 gegründete Verpflichtungen. Der stille Portier muß z. B. vollständig sein, auch darf das Schild des einzelnen Mieters nicht ohne seine Zustimmung verkleinert werden.

13. a) OLG. **28** 140 (KG.). Wenn zwei Parteien sich über eine den baupolizeilichen Vorschriften zuwiderlaufende Benutzung von Räumen einigen, so ist es im Wesen der beiderseits übernommenen Verpflichtung gelegen, daß die eine Partei nicht willkürlich und nach ihrem Belieben durch Anzeige bei der Polizei eine Beendigung des Mietgebrauchs herbeiführen darf. Voraussetzung ist aber, daß der die verbotswidrige Benutzung begründende Mietvertrag nicht etwa gegen die guten Sitten verstößt und daß der verbotswidrige Gebrauch nicht etwa ein derartiger ist, daß seine Beendigung aus Anforderungen der Sittlichkeit oder Gesundheit geboten erscheint, in welchem Falle auch die willkürliche Beendigung des bestehenden Zustandes durch eine Vertragspartei in diesen öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten ihre Stütze hat und ohne Rücksicht auf ihr Motiv niemals zur Ursache privatrechtlichen Nachteils jener Partei werden kann. **b)** **RG.** R. **14** Nr. 2428. Die baupolizeiliche Genehmigung befreit den Mieter nicht von der Verpflichtung zu eigener Prüfung.

14. Über Großberliner Mietverträge s. Dittenberger, JW. **14** 51 und Simon, das. 514 ff.

§ 536. 1. Schulze, DJZ. **14** 749. Der Mieter kann allerdings von seinem Vermieter gemäß §§ 536, 242 den Einlaß seiner Lieferanten, seines Besuchs usw. verlangen, nötigenfalls nach § 542 kündigen. Dagegen können Geschäftsleute nicht gegen den Hauswirt auf Duldung des Betretens des Hauses zwecks Kundenbesuchs vorgehen; solche Klagen scheitern an dem Mangel jeden selbständigen Rechtes der einlaßbegehrenden Lieferanten und an § 903 BGB.

2. Aufnahme eines Konkurrenzgeschäfts in das Miethaus (JDR. **10**, **12** 2). **a)** **RG.** LeipzZ. **14** 1028, R. **14** Nr. 186. Der Mieter hat — von den Umständen des einzelnen Falles abgesehen — nicht grundsätzlich das Recht, daß jede Konkurrenz im Miethause von ihm abgehalten werde. **b)** OLG. **28** 143 (KG.). Die nachträgliche Errichtung eines Konkurrenzgeschäfts neben einem vorher gerade zum einschließlichen Gewerbebetrieb im gleichen Hause vermieteten Geschäftslokale gilt als ein wesentlicher Fehler, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche mindert.

3. Haftung des Vermieters für ungefährdeten Zugang zu den Mieträumen (JDR. **9** 2, **12** 4). **a)** **RG.** JW. **14** 677. Ein Hauseigentümer, der durch Vermieten von Wohnungen einen Verkehr in seinem Hause

eröffnet, muß die Zugänge, insbesondere die Treppen, verkehrssicher erhalten. Wird dieser allgemeine Hausverkehr anläßlich von Hausausbesserungen durch verstelltes Handwerksgerät, wie es hier durch eine Leiter geschehen ist, für die Hausbesucher besonders gefährdet, so hat sich auch entsprechend die Schutzpflicht des Hauseigentümers zu steigern. Seine eigene Sorgfaltspflicht erheischt es daher, solchen besonderen Verkehrsgefährdungen auch durch besondere Vorkehrungen wirksam abzuhelfen. Dazu reicht es aber nicht aus, die Arbeiten einem umsichtigen Handwerksmeister zu übertragen, diesem einen Platz für die Geräte anzuweisen und ihn im übrigen nach eigenem Ermessen schalten zu lassen, im Vertrauen darauf, daß der Hausverkehr ungefährdet bleiben werde. Vielmehr gebot es die Sorgfaltspflicht des Beklagten, aus sich heraus und ohne daß zuvor eine begründete Ursache, ein bestimmter Anlaß zum Einschreiten sich herausstellte, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, daß die tagsüber benutzten Leitern nachts auf den Treppen verkehrsgefährdend nicht liegengelassen würden. **b) RG.** BayRpflZ. **14** 100. Beim Mieten eines ganzen Hauses geht regelmäßig auch der Besitz an den Treppen und Fluren und damit die Sorge für ihre Verkehrssicherheit auf den Mieter über, da nur ihm die Verfügungsbefugnis über die Räume und die Bestimmung über den Verkehr im Hause zusteht. — Das RG. läßt dabei dahingestellt, ob auch der Vermieter noch einen Mitbesitz daran hat, da er verpflichtet ist, den Mietgegenstand dauernd in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu erhalten. **c)** Bad. Rpr. **14** 107 (Karlsruhe). Durch einen Hausmietvertrag geht die dem Hauseigentümer obliegende Pflicht zur Sicherung des Verkehrs in vollem Umfange nur dann auf den Mieter über, wenn das ganze Hausgrundstück vermietet wird, so daß nur noch der Mieter die Art und den Umfang des Verkehrs im und zum Hause zu bestimmen hat; denn aus diesem Rechte, über das Haus und den in und zu ihm stattfindenden Verkehre zu verfügen, erwächst auch für den Mieter allein die Pflicht, bei Handhabung jenes Rechtes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten. Anders liegt die Sache, wenn der Eigentümer das Haus nicht im ganzen, sondern in Teilen an mehrere Personen vermietet und dabei gewisse Räume (Flur, Treppen, Gänge u. dgl.) dem Gemeingebrauche der Mieter und der bei ihnen verkehrenden Personen vorbehält. **d) RG.** BayRpflZ. **14** 101, LeipzZ. **14** 1029 über die Haftung des Vermieters für einen Unfall des Mieters infolge Eisbildung auf dem bei starker Kälte naß aufgewischten Treppenlinoleum. **e)** LeipzZ. **RG. 14** 943 über den Schadensersatzanspruch eines Kurgastes wegen Sturzes auf dem glatten Marmorfußboden der Wandelhalle eines Kurhauses. **f) RG.** JW. **14** 243. Die unbefestigte Aufstellung eines unbenutzten Heizkörpers in dem Hausflur ist eine Verletzung der dem Vermieter obliegenden Sorgfalt.

4. OLG. **28** 145 (Karlsruhe). Hat der Mieter sich zur „Instandsetzung und Unterhaltung" der Räume verpflichtet, so hat er auch die während der Mietdauer von der Polizei verlangten Einrichtungen herzustellen.

5. Benutzung eines Fahrstuhls. **RG.** R. **14** Nr. 187. Daß ein Aufzug nur zur Beförderung von Lasten bestimmt, seine Benutzung zur Personenbeförderung aber verboten war, schließt die Haftung des Vermieters für einen bei der Benutzung des Fahrstuhls der Person des Mieters zustoßenden Schaden nicht aus.

§§ 537 ff. 1. **RG.** JW. **14** 590, BayRpflZ. **14** 230, GruchotsBeitr. **58** 959. Beim Vertragsschlusse vorhandene Mängel der Mietsache, die der Vermieter arglistig verschwieg, geben dem Mieter das Recht, den Vertrag nach § 123 anzufechten. Die Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Vermieters stehen nicht entgegen.

2. R. **14** Nr. 1823 (Colmar). Dem Mieter steht geeignetenfalls frei, ob er die Rechte aus § 537 oder § 544 geltend machen will. Auf das Minderungsrecht des § 537 kann er aber wirksam im voraus verzichten, auf Grund des § 544 jedoch grund-

sätzlich keine Minderung des Mietzinses, sondern nur Auflösung des ganzen Mietvertrags verlangen.

§ 537. 1. a) Hasse, DJZ. **14** 1107. Wenngleich zuzugeben ist, daß für den Mieter eine Härte darin liegt, die Miete zu zahlen, ohne die Wohnung benutzen zu können, so kann man dem Mieter doch nicht etwa aus Billigkeitsrücksichten ein Rücktrittsrecht wegen des Krieges zugestehen. Dagegen hören alle Mietverträge auf, wenn der Ort, wie z. B. Helgoland, polizeilich geräumt werden muß. Eine Schadensersatzpflicht besteht in solchen Fällen auf keiner Seite. b) Heinsheimer, DJZ. **15** 193 ff., behandelt insbesondere die Wohnungsmiete bei feindlichem Einbruch und vertritt eine dem Mieter günstige Auffassung. Drohe die Zerstörung des Hauses und die gewaltsame Vertreibung des Mieters und flieht dieser infolgedessen, so flieht er vor einer mietwidrigen Gefahr und könne deshalb daraus die gleichen Folgen ableiten wie bei Verwirklichung der Gefahr.

2. Oertmann, Jahresbericht der Berliner Juristischen Gesellschaft für 1914, 155. Wird das Miethaus infolge der kriegerischen Maßnahmen zum Gebrauche tatsächlich ungeeignet oder wird es diesem durch behördliche Maßnahmen entzogen, so kommen dafür die Sätze teils des § 537, teils des § 541 in Betracht: der Mieter ist für die Dauer der Gebrauchsentziehung seiner Pflicht zur Zahlung des Mietzinses enthoben. Daß der zum Kriegsdienst einberufene Mieter um dieses subjektiven Gebrauchshindernisses willen nicht von seiner Zinspflicht entlastet wird, wäre aus allgemeinen Gesichtspunkten zu entnehmen, auch wenn es nicht aus der Sondervorschrift des § 552 unmittelbar folgte.

3. Mängel der Mietsache. **RG.** HansGZ. **14** Beibl. 81 bereits JDR. **12** 2.

4. Zusicherung. HansGZ. **14** Beibl. 81 ff. (Hamburg). Eine Zusicherung kann unter Umständen in dem beiden Vertragsteilen bekannten Verwendungszwecke der Mietsache gefunden werden, wenn dieser in den Vertragsinhalt aufgenommen ist. Gerade bei der Miete aber wird die Bezeichnung des Verwendungszwecks der Mieträume in dem Vertrage, da sie regelmäßig zu erfolgen pflegt, im allgemeinen nicht genügen, um eine besondere, über das Maß des § 537 Abs. 1 hinausgehende Zusicherung zu begründen.

5. R. **14** Nr. 1257 (Colmar). Hat der Mieter eine ausbesserungsbedürftige Wohnung gemietet, die, wie er weiß, bis zum Beginne seiner Miete noch anderweitig vermietet war, so liegt darin sein stillschweigendes Einverständnis, daß die Ausbesserung erst nach Bezug der Wohnung ausgeführt wird und sein Verzicht auf Rechte, die sich aus der in der Ausbesserung liegenden Gebrauchsstörung ergeben könnten.

§ 538. Über die Haftung des Wirtes für die Verkehrssicherheit einer Kegelbahn (vgl. JDR. **12** Ziff. 4) aus § 823 vgl. Josef, SächsRpflA. **14** 371.

§ 539. **RG.** R. **14** Nr. 2643. Das vom Mieter im Formularvertrag abgegebene Anerkenntnis, „daß die Mieträume selbst, deren Zubehör und Bestandteile für gut und gebrauchsfähig gelten", ergibt keinen Anhalt dafür, daß er beim Vertragschluß auch einen den Polizeivorschriften zuwiderlaufenden Zustand des Fahrstuhls gekannt hat.

§ 542. 1. **RG.** R. **14** Nr. 188. Enthält der Mietvertrag die Bestimmung, daß bei späterer Einräumung die Miete auch erst später zahlbar werde, so darf die Nachfrist nicht zu knapp bemessen werden.

2. OLG. **28** 140 (KG.). Ein Mietvertrag ist nicht schon deshalb nichtig, weil die vertragsmäßige Benutzung der Mieträume gegen Vorschriften der Baupolizei verstoßen würde (OLG. **17** 25, SeuffA. **61** Nr. 148, **RG. 60** 273; aM. OLG. **24** 277). Hindert die Polizei den vertragsmäßigen Gebrauch, so steht dem Mieter das Kündi-

gungsrecht nach § 542 BGB. zu, falls er nicht willkürlich die Gebrauchsentziehung durch Anrufen der Polizei herbeiführt (abw. **RG.** JDR. **10** 185, § 542 Nr. 4).

§ 544. R. **14** Nr. 1824 (Colmar). Wenn ein in der Nähe eines Flusses errichtetes Wohngebäude infolge Hochwassers häufiger Überschwemmungsgefahr ausgesetzt ist, so berechtigt das den Mieter zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, auch dann, wenn es längere Zeit nicht überschwemmt wurde.

§ 546. OLG. **28** 147 (KG.) über die Frage, wann der Mieter die Anliegerbeiträge zu tragen hat.

§§ 547, 548. Über die Beweislast des Mieters nach §§ 547, 548 verbreitet sich in Anlehnung an einen Rechtsfall Hellmann, R. **14** 341 ff.

§ 548. Beim Umzuge des Mieters entstandene Schäden (JDR. **12** § 536 Ziff. 6). a) Hörle, R. **14** 492 ff., behandelt die Haftung für Beschädigungen, die durch den Möbeltransporteur oder seine Leute beim Umzug angerichtet werden. Der Vermieter, der auf Grund des § 278 Schadensersatz verlangt, muß das Bestehen des Mietvertrags, die in Ausführung des Umzugs entstandene Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache oder sonstige Verletzung seiner Vertragsinteressen beweisen. In bezug auf das schuldhafte Verhalten der Hilfsperson genügt er seiner Beweispflicht, wenn dieses aus dem nachgewiesenen Sachverhalte nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge hervorgeht. Es ist Sache des Mieters, die besonderen ihn entlastenden Umstände, namentlich die Tatsache zu beweisen, daß die Hilfsperson bei der Vornahme der schädigenden Handlung der Vorwurf eines Verschuldens nicht trifft oder der Schaden auf den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache oder sonstige Umstände, die er nicht zu vertreten hat, zurückzuführen ist. b) HessRspr. **15** 170 (LG. Gießen). Der Mieter haftet auch für Beschädigungen der Mietsache, welche bei seinem Einzug oder Auszug entstehen, insbesondere muß er auch dafür aufkommen, wenn bei dieser Gelegenheit der Möbeltransporteur oder seine Leute die Treppe des Miethauses schuldhaft beschädigt haben. (Ebenso RGRKomm. Anm. 1 zu § 548.)

§ 549. 1. OLG. **28** 149 (Hamburg). Auch mangels besonderer Abrede hat der Untervermieter dem Untermieter dafür einzustehen, daß der Hauptvermieter die Untervermietung gestattet.

2. SeuffA. **69** 260 (Königsberg) erklärt den Mieter, dem nach dem Vertrage die Aftervermietung an einwandfreie Personen gestattet ist, aus tatsächlichen Gründen für berechtigt, die Wohnung auch zu Bureauzwecken weiterzuvermieten.

§ 554. 1. **RG.** 85 296, JW. **14** 1079, R. **14** Nr. 2867. Nach § 554 ist nicht erforderlich, daß der Mieter sich bezüglich der beiden rückständigen Mietzinszahlungen in wiederholtem Verzuge befindet; es genügt vielmehr für das Austreibungsrecht des Vermieters, daß der Verzug bezüglich mehrerer aufeinander folgender Termine auf einmal eintritt.

2. **RG.** R. **15** Nr. 36. Der Befriedigung ist für die Anwendung des § 554 ein Angebot gleichzustellen, das den Vermieter als Gläubiger in Annahmeverzug versetzt. Denn der Mieter hat in diesem Falle alles getan, um den Vermieter zu befriedigen, und es würde den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn der Vermieter sich auf den Mangel einer Befriedigung berufen könnte, die er durch seine eigene, wenn auch vielleicht in gutem Glauben erfolgte Weigerung vereitelt hat.

3. Verzicht auf das Kündigungsrecht (JDR. **11** 2). **RG.** R. **14** Nr. 1556. Ein stillschweigender Verzicht auf die Kündigungsbefugnis ist nicht aus dem Umstande zu entnehmen, daß der Vermieter nicht sofort nach Eintritt der Befugnis kündigt. Die Kündigung muß aber in angemessener Frist erfolgen.

§ 556. 1. OLG. **28** 151 (Hamburg). Ist der Schaden nach Überlassung der Mietsache entstanden, so hat der Mieter mit Rücksicht auf seine Obhutpflicht nach-

zuweisen, daß er und seine Erfüllungsgehilfen dieser Pflicht genügt und die Sache nicht mißbräuchlich benutzt haben.

2. a) **RG. 85** 133 ff., JW. **14** 923, DJZ. **14** 1110. Der § 556 Abs. 2 bestimmt eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 273 lediglich für den Grundstücksmietvertrag. Ist hiernach die Vorschrift des Abs. 2 eine aus besonderen Zweckmäßigkeitsgründen getroffene, eng begrenzte Ausnahmebestimmung, so ist ihre Anwendung auf den im Gesetz bestimmten Fall zu beschränken und nicht auf andere Fälle zu erstrecken. Von Abs. 2 betroffen ist aber nur der Fall, daß die Klage auf Herausgabe des Grundstücks auf einen Mietvertrag gestützt und aus diesem Gesichtspunkt auch begründet ist. Es genügt weder, daß der Beklagte auf Grund eines Mietvertrags in den Besitz des Grundstücks gelangt ist, auf dessen Rückgabe er verklagt wird, noch daß der Kläger mit seiner auf einen Grundstücksmietvertrag gestützten Klage aus einem anderen Rechtsgrunde durchdringt. Auf den Mieter eines Grundstücks, der den Mietvertrag wirksam angefochten hat, findet daher § 556 Abs. 2 keine Anwendung. (137.) Vgl. jedoch **b)** OLG. **28** 154 (Naumburg). Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden, wenn Räumung des Grundstücks wegen Nichtigkeit des Mietvertrags verlangt wird. (Keine Zurückbehaltung bis zur Rückgabe der Sicherheit.)

3. Über die Bedeutung des Abs. 3 vgl. Pagenstecher, RheinZ. **6** 508—510. (Auf S. 508 steht infolge eines Druckfehlers § 566 statt § 556.) Vgl. auch JDR. § 986 BGB. Bem. I und § 322 ZPO. Bem. I.

§ 558. *Haberstumpf, BayRpflZ. **15** 11 f. Die Wohnungsentschädigung ist nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich eine Pauschalforderung im Sinne des § 558 und verjährt deshalb in 6 Monaten nach näherer Maßgabe des § 558 Abs. 2.

§ 559. Über Vorschläge de lege ferenda vgl. Klein, ÖstZBl. **31** 210.

§ 561. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1979. Das Vorzugsrecht des Vermieters gegenüber der Konkursmasse dauert ohne weiteres fort, auch wenn die Mietzeit für die Aufbewahrungsräume vor Beendigung des Konkurses abläuft.

2. R. **14** Nr. 607 (Stuttgart). Zur gerichtlichen Geltendmachung des Vermieterpfandrechts genügt nicht eine, wennschon in Form der Streitverkündung gehaltene Erklärung in einem Vorprozesse, wonach sich der Vermieter für den Fall seiner unvollständigen Befriedigung aus den zurückgelassenen Gegenständen wegen des restlichen Mietzinsanspruchs an denjenigen halten will, der die Gegenstände unbefugt aus den Mieträumen entfernt hat.

§ 564. KGBl. **14** 129 (LG. Berlin). Die gegenüber dem Ehemann ausgesprochene Kündigung der Mietwohnung wirkt nicht als Kündigung gegenüber der Ehefrau als Mitmieterin.

§ 566. 1. *Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 148 zu Nr. 44. Die vertragsmäßige Rücknahme einer geschehenen Kündigung ist nicht als Abschluß eines neuen Vertrags anzusehen, sondern als Aufhebung der geschehenen Kündigung. Sie bedarf deshalb nicht der im § 566 vorgeschriebenen Form.

2. **RG.** JW. **15** 136, R. **15** 185. Der Satz, daß ein Vorvertrag derselben Form bedarf, die das Gesetz für den Hauptvertrag vorschreibt, gilt nicht ausnahmslos; es bestimmt sich vielmehr nach Inhalt und Zweck der Formvorschrift, ob sie sich auch auf einen Vorvertrag erstreckt. Die Formvorschrift des § 566 ist hauptsächlich zum Schutze eines Erwerbers des vermieteten Grundstücks geschaffen, deshalb gilt sie nicht für den den Erwerber nicht bindenden Vorvertrag.

§ 568. 1. Mittelstein, DJZ. **15** 195. Enthält ein Mietvertrag die Bestimmung, daß er sich nach § 568 verlängert, so wird man das regelmäßig dahin auszulegen haben, daß das alte Mietverhältnis fortgesetzt wird auf unbestimmte Zeit, sofern nicht gekündigt war. Wenn aber darüber hinausgehend Niendorff aaO.

lehrt, solche Verlängerung nach § 568 „muß auch dann gelten, wenn die Parteien einen solchen Vermerk unterließen, weil sie ihn für selbstverständlich und überflüssig hielten. Indem natürlich der § 568 die Voraussetzung der Verlängerung regelt, wird er Bestandteil eines jeden Mietvertrags . . .", so wird damit unzulässig die dispositive Regel des Gesetzes zu einer stillschweigenden Vertragsvereinbarung gemacht.

2. R. **15** Nr. 37 (Stuttgart). Der vertragsmäßige Anspruch des Verpächters auf Ersatz des Mindererlöses bei der Neuverpachtung des Pachtguts unterliegt nicht der kurzen Verjährung, wenn der Verpächter auf Grund seines vertragsmäßigen Rechtes das Pachtverhältnis einseitig wegen Verschlechterung des Pachtguts und wegen Rückständigkeit des Pächters mit den Zahlungen gelöst hat. Die Verschlechterung des Pachtguts ist nur einer der Fälle, in denen der Verpächter nach dem Vertrag ein Pachtverhältnis einseitig lösen kann, wie er denn mit Recht das Pachtverhältnis zugleich auch wegen der im Vertrage zum Aufhebungsgrund erklärten Zahlungsrückständigkeit des Pächters aufgehoben hat. Andererseits braucht der bei der Neuverpachtung sich ergebende Pachtgeldmindererlös seinen Grund nicht notwendig in einer Verschlechterung des Pachtguts zu haben.

§ 569. OLG. 28 154 (KG.). Kündigt der Erbe, so muß er sich durch einen Erbschein ausweisen.

§ 570. Versetzung (JDR. 8 4, **9**, **10** 1, **11**). a) ElsLothZ. **14** 182 (Colmar). Das Kündigungsrecht eines Beamten nach § 570 entsteht schon in dem Zeitpunkt, in welchem ihm seine Versetzung amtlich eröffnet wird, nicht erst mit dem Zeitpunkte, zu welchem die Versetzung oder der Umzug nach dem anderen Orte erfolgt. b) OLG. **28** 155, SeuffA. **69** 183 (Rostock). Die Mitteilung der vorgesetzten Dienststelle an den Beamten, daß seine Versetzung beabsichtigt sei, gibt diesem noch kein Kündigungsrecht. Andererseits ist nicht erforderlich, daß die Versetzungsverfügung ihm förmlich ausgefertigt ist. Es genügt die Mitteilung an den Beamten, daß seine Versetzung beschlossen sei.

§ 571. *Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 83 ff., sucht **RG. 70** 70 zu widerlegen und stellt den Satz auf: „Kauf bricht nicht Jagdpacht."

II. Pacht.

§ 581. 1. **RG.** SeuffA. **69** 131, WarnE. **14** 163. Die Überlassung einer Stehbierhalle mit Wohnung und Wirtschaftseinrichtung stellt sich als Pacht dar. Die Bezeichnung des Vertrags als Mietvertrag in der Vertragsurkunde ist bedeutungslos.

2. **RG.** WarnE. **7** 108 über die Überlassung eines Theatergebäudes samt dem beweglichen Beilaß als Pachtvertrag. Allerdings könne ein leeres, ohne jede bewegliche Einrichtung überlassenes Theatergebäude auch Gegenstand eines Mietvertrags sein.

3. OLG. **28** 145 (Breslau). Der Verpächter des einen Gutsbezirk bildenden Ritterguts hat die das Pachteinkommen treffenden Kreisabgaben zu tragen.

4. MecklZ. **32** 277 (Rostock). Die vertragsmäßige Haftung des Pächters für die auf dem Grundstücke ruhenden öffentlichen Lasten ergreift im Zweifel auch die erst später eingeführten, z. B. die Fideikommißabgabe des § 89 RStempG.

§ 585. *Hinsberg, Über den Umfang des Verpächterpfandrechts, Gruchots Beitr. **58** 629 ff. Der anscheinend völlig klare Sinn des § 585 Satz 2 wird durch die Heranziehung des § 559 getrübt. Namhafte Autoren lehren, daß bei der Unterpacht die Früchte dem Pfandrechte des Verpächters nicht unterliegen. Dies folgt aber weder mit Notwendigkeit aus dem Wortlaute der in Betracht kommenden Paragraphen, noch steht es im Einklange mit der rechtsgeschichtlichen Entwicklung, wie näher dargelegt wird. Entscheidend ist aber folgendes: Nimmt man (mit dem RGR. Komm.) an, daß dem Verpächter ein Pfandrecht an den Früchten schon vor deren Trennung zusteht, so besteht es auch nachher fort (zu Lasten des Unterpächters).

Lehnt man die Möglichkeit eines Pfandrechts an eigener Sache aber ab, so ist das Resultat doch das gleiche. Der Unterpächter hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Überlassung; der Verpächter kann kein besseres Recht übertragen, als er selber hat, und da das Pfandrecht jedenfalls mit der Trennung der Früchte entsteht, erhält der Unterpächter die Früchte nur belastet mit dem Pfandrechte.

Vierter Titel. Leihe.

§ 598. **RG.** R. **14** Nr. 1826. Leihe von Aktien liegt nicht vor, wenn der Empfänger nur gehalten ist, den ihm nicht gebührenden Wertüberschuß in Aktien oder in Geld zurückzugeben.

§ 599. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1067. Gewährt der Verkäufer dem Käufer auf dessen Wunsch, insbesondere mit Rücksicht auf die Art der gekauften Ware, die Möglichkeit, sie einstweilen, d. h. bis zur Abnahme in vereinbarter oder angemessener Frist, bei ihm, dem Verkäufer, liegen zu lassen, so entspricht es nicht der Auffassung des Lebens, dies als etwas anderes anzusehen denn als unentgeltliche Nebenleistung, die auf den Kaufpreis ohne Einfluß geblieben ist, es sei denn, daß sich das Gegenteil aus dem Einzelfall ergäbe. Ist das nicht der Fall, so liegt lediglich Platzleihe vor, — s. den Fall in SeuffA. **37** Nr. 305, — und aus den Rechtsgrundsätzen über die Leihe heraus beantwortet sich daher auch die Frage, wieweit sich die Haftung des Verkäufers erstreckt.

§ 603. **RG.** **83** 37. § 603 findet mindestens entsprechende Anwendung, wenn bei der Submission der Bewerber dem Geschäftsherrn ein Probestück überläßt.

§ 604. SchlHolstAnz. **14** 106 (Kiel) über die Verpflichtung des Käufers (Bierverlegers) zur Rücklieferung des Leerguts.

Fünfter Titel. Darlehen.

§ 607. I. Begriff des Darlehens. 1. *v. Gierke, JheringsJ. **64** 399 ff. Das Darlehen ist ein dauernder Schuldvertrag. Seinen Kern bildet die Verpflichtung des Gläubigers zur Gebrauchsüberlassung bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses durch Zeitablauf oder Kündigung. Auf Unterlassung der Rückforderung des Kapitals bis zum Wegfalle der Gestattungspflicht des Gläubigers hat der Schuldner einen klagbaren Anspruch.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 432. Ein Darlehnsvertrag in Verbindung mit einer Sicherungsübereignung kann auch in die Form eines Kaufvertrags gekleidet werden.

3. **RG.** WarnE. **14** 210. Der Umstand, daß ein Teil der Darlehnssumme verrechnet wird, steht der Annahme eines baren Darlehns nicht entgegen.

II. Ansprüche aus dem Darlehen. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 929 Nr. 7 Bei der Frage, wer der Gläubiger eines Sparkassenguthabens sei, gibt weder der Name dessen, auf den das Sparkassenbuch lautet, schlechthin den Ausschlag, noch fällt der Umstand entscheidend ins Gewicht, aus wessen Mitteln die Einzahlung erfolgt ist, es ist vielmehr unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles zu prüfen, wer nach dem erkennbaren Willen des Einzahlenden der Darlehnsgeber sein sollte.

2. R. **14** Nr. 476 (Stuttgart). Der Darlehnsgläubiger kann Rückzahlung des Darlehns und Herausgabe der ihm zur Sicherung übereigneten Gegenstände gleichzeitig und nebeneinander fordern.

3. Francke, R. **14** 324, Darlehn und Sicherheitsleistung. Der Darlehnsempfänger kann gegenüber der Darlehnsklage geltend machen, daß er die Rückzahlung von gleichzeitiger Rückgabe der von ihm gegebenen Sicherheit abhängig machte (gegen **RG.** R. **13** Nr. 3224).

III. Abs. 2. **RG.** BayRpflZ. **14** 169, R. **14** Nr. 338, 339. Ein wegen Formmangels nichtiges Schenkungsversprechen wird nicht dadurch gültig, daß der

Schenkende in einem Schuldschein den versprochenen Betrag als Darlehen zu schulden bekennt.

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Literatur: Baum, Der Einfluß des Krieges auf den Arbeitsvertrag und die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, GewuKfmG. **19** 409. — Derselbe, Der Einfluß des Krieges auf den Arbeitsvertrag, JW. **14** 815 ff. — Bovensiepen, Einige Fragen zu den Kriegsgesetzen und zum Kriegsrecht überhaupt, DRZ. **14** 876. — Fromherz, Einfluß des Krieges auf Rechtsverhältnisse des Privatrechts, BadRpr. **14** 179. — Goldbaum, Rechte und Pflichten des Schauspielers. Berlin 1914. — Derselbe, Theaterrecht. Berlin 1914. — Hippe, Krieg und Arbeitsvertrag, GewuKfmG. **20** 37. — Grünberg, Krieg und Arbeitsvertrag nach deutschem und österreichischem Recht, GewuKfmG. **20** 49. — Kipp, non silent leges inter arma, RuW. **14** 209. — Lotmar, Streikarbeit und Streikbruch, AÖstGZ. **14** 24. — Oertmann, Der Einfluß des Krieges auf das private Vertragsrecht, R. **14** 651. — Derselbe, Entlassung ausländischer Angestellter während der Kriegsdauer, R. **14** 632 ff. — Derselbe, Krieg und Arbeitsvertrag, GewuKfmG. **20** 1. — Schultz, Der Einfluß des Krieges auf das Arbeitsverhältnis, KGBl. **14** 110. —

Vorbemerkung: Eine bemerkenswerte Neuerscheinung ist das von Potthoff und Sinzheimer unter Mitwirkung namhafter Vertreter der Wissenschaft und des praktischen Lebens herausgegebene Arbeitsrecht, Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten in Vierteljahrsheften. Das neue Jahrbuch will ein Organ des Arbeitsrechts sein, „welches der rein wissenschaftlichen Forschung und zugleich der Praxis dient, das sämtliche Tatsachen des deutschen Arbeitsrechts in seinen Bereich zieht und durch deren Darstellung nicht nur die Erkenntnis, sondern auch die Verbesserung dieses Arbeitsrechts zu fördern sich vorsetzt, zugleich aber auch eine einheitliche Quelle der Information für alle diejenigen bietet, die einer solchen bedürfen." Aus dem ersten Hefte ist namentlich ein Aufsatz von Potthoff, „Einheitliches Dienstrecht für Angestellte", hervorzuheben, dem der Entwurf eines Angestelltengesetzes angefügt ist. Über denselben Gegenstand verbreitet sich ein Aufsatz desselben Verfassers in HirthsAnn. **47** 161 ff.

§ 611. I. Rechtsnatur. 1. *v. Gierke, Festschr. der Berliner Juristenfakultät für H. Brunner (1914) 37 ff. Die Wurzeln des Dienstvertrags. Der heutige Dienstvertrag wurzelt nicht in der römischen locatio conductio operarum, sondern in dem germanischen Treudienstvertrage. Darauf beruht seine begriffliche Erweiterung (54 ff.), insbesondere aber sein dem schuldrechtlichen Verhältnis eingebauter personenrechtlicher Gehalt (55 ff.), seine Beeinflussung durch das öffentliche Recht (62 ff.) und seine Normierung durch privates Verbandsrecht (65 ff.).

2. SeuffA. **69** 222 Nr. 120 (Dresden). Einem fürsorgeberechtigten Armen gegenüber kommen, wenn er zum Zweck seiner Pflege zu einer bestimmten Beschäftigung angehalten wird, für die betreffende unterstützungspflichtige Gemeinde keinerlei privatrechtliche Gesichtspunkte in Frage; gegen ihn tritt die Gemeinde in der Zuweisung einer solchen Arbeit nur als öffentliche Behörde auf. Auf die Verletzung der hiermit verbundenen öffentlich-rechtlichen Pflichten sind nicht die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die Verletzung von Vertragspflichten, sondern die über die unerlaubten Handlungen anwendbar.

II. Dienstvertrag, nicht Werkvertrag. 1. OLG. **28** 179 (Hamburg). Ein Vertrag über Ausbildung eines Sängers ist seiner Natur nach nicht Werkvertrag, sondern Dienstvertrag.

2. Goldbaum, Rechte und Pflichten des Schauspielers nach geltendem Rechte 7. Der Bühnendienstvertrag ist ein Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB., kein Werkvertrag.

3. FrankfRundsch. **48** 117 (Frankfurt). Das Vertragsverhältnis zwischen dem Lokomotivführer und dem Fiskus ist ein reiner Dienstvertrag.

III. Dienstvertrag, nicht Gesellschaftsvertrag. **RG.** R. **14** Nr. 189. Dienstvertrag und nicht Gesellschaftsvertrag liegt vor, wenn jemand zur selbständigen Leitung einer Geschäftsabteilung gegen Gewährung eines Anteils des Reingewinns aus dieser Abteilung angestellt ist.

IV. Einzelne Vertragsverhältnisse. 1. Vertrag mit dem Arzt. a) **RG.** R. **14** Nr. 1408. Ein Hausarzt, der nicht Irrenarzt ist, handelt nicht schuldhaft, wenn er sich über den Geisteszustand des Patienten, dessen Entmündigung von den Verwandten in Aussicht genommen ist, gegenüber einem zugezogenen Irrenarzt zurückhaltend und zweifelnd äußert. b) R. **14** Nr. 2058 (Braunschweig). Ein Arzt hat keinen Anspruch gegen die Krankenkasse auf Annahme seiner Dienste. c) **RG.** JW. **14** 916 Nr. 2. Der von den Eltern eines kleinen vermögenslosen Kindes zugezogene Arzt schließt den Vertrag mit den Eltern. Er haftet für schuldhafte Kunstfehler nicht nur aus dem Vertrag, sondern auch aus unerlaubter Handlung.

2. Vertrag mit dem Rechtsanwalt. a) **RG.** JW. **14** 870 Nr. 10. Zur Haftung des Rechtsanwalts. b) SeuffA. **69** 166 Nr. 89, MittAmtsgAnw. **14** 34 (Hamburg). Von einem Verschulden des Anwalts, das ihn für die Folgen einer im Prozesse verspätet erfolgten Mängelanzeige verantwortlich machen würde, kann nur dann gesprochen werden, wenn ihm die Erstattung der Mängelanzeige ausdrücklich aufgetragen war, oder wenn er bei Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, daß eine solche Anzeige zur Wahrung der Rechte seines Mandanten noch erforderlich sei. c) **RG.** ZBlFG. **14** 786. Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, Rechtsversehen seines Auftraggebers zu entdecken und zu verbessern. d) OLG. **28** 176 (Celle). Zu den Pflichten eines zugleich als Rechtsanwalt in Anspruch genommenen Notars gehört es, nicht nur klare und gültige Vertragsbestimmungen festzustellen, sondern auch die Parteien darüber zu beraten, was zur vollständigen Erreichung des Vertragszwecks zu veranlassen ist. e) OLG. **28** 177 (Hamburg). Der Rechtsanwalt handelt fahrlässig, wenn er bei einer Rechtsauskunft nicht hervorhebt, daß seine Ansicht von der herrschenden Praxis abweiche und im Prozesse möglicherweise nicht durchdringen werde.

3. Bühnendienstvertrag. a) Goldbaum, Rechte und Pflichten des Schauspielers. Nur durch die Kunstgattung (Schauspieler, Sänger, Tänzer, Statist, Chorist) wird die Schuldnerverpflichtung des Schauspielers spezialisiert. Ablehnen kann der Schauspieler Rollen, deren Darstellung ihm unmöglich ist, sein Leben oder seine Gesundheit gefährden, unsittlich sind oder wider das Gesetz verstoßen. Ob der Schauspieler Nebenrollen, mehrere Rollen, Tierrollen usw. ablehnen darf, ist von Fall zu Fall zu entscheiden (22). Die Teilnahme der Schauspieler an Filmaufnahmen im Dienste von Filmfabrikanten ist unzulässig (24). b) Goldbaum, das. Für den Schauspieler besteht eine Residenzpflicht (27). Die Befolgung des Hausgesetzes gilt für den Regelfall als stillschweigend vereinbart (27). c) Goldbaum, das. Recht auf Vergütung. Die Gage (auch die Jahresgage) ist üblicherweise monatlich zu bezahlen (28). Ein Spielgeld kann neben der Gage nur auf Grund besonderer Vereinbarung verlangt werden (31). Es wird nur geschuldet, wenn die Rolle wirklich gespielt ist (32). Die Gewährung von Garderobengeld bürdet dem Schauspieler nicht ohne weiteres die Kostümbeschaffung auf (40). Inwieweit der Schauspieler die Kostüme mangels besonderer Abrede selbst zu beschaffen hat, ist unter Berücksichtigung der Gagenhöhe und des Gesichtspunkts zu beurteilen, daß dem Schauspieler die Vergütung durch die Kostümbeschaffung nicht übermäßig verkürzt werden darf (38). Wäsche, Trikots, Perücken, Schuhzeug, Handschuhe, Schminke hat der Schauspieler selbst zu beschaffen (40).

V. Arbeitstarifvertrag. Zur Frage eines Arbeitstarifgesetzes. Sinzheimer, DJZ. **14** 603, Lindenau, das. 880.

VI. Tantieme. OLG. **28** 181 (Breslau). Der tantiemeberechtigte Angestellte ist nicht berechtigt, die beschlossene Dividende anzufechten.

VII. Gratifikation. 1. KGBl. **14** 79 (KG.). Die Entstehung des Anspruchs auf die zugesagte Weihnachtsgratifikation ist regelmäßig davon abhängig, daß der Angestellte bis Weihnachten im Dienste verbleibt (**RG.** III. 154/13).

2. GewuKfmG. **14** 321 (GG. Mannheim). Scheidet der Arbeiter im Lauf des Jahres freiwillig aus, so ist eine zugesagte Gratifikation anteilig zu zahlen.

VIII. Recht der Angestellten an ihren Erfindungen. Marquardt, RuW. **14** 188, erörtert die Regelung des Schicksals der Angestelltenerfindung in den Entwürfen der neuen Gesetze über das geistige Eigentum.

§ 615. 1. Baum, JW. **14** 817. Unmöglichkeit, nicht Annahmeverzug liegt vor, wenn der Dienstverpflichtete für eine Tätigkeit im feindlichen Ausland (Reisende) oder für bestimmte, infolge kriegerischer Maßnahmen zerstörte Räume angenommen war.

2. Oertmann, Lohnzahlungspflicht für Wochenfeiertage? GewuKfmG. **14** 337, behandelt die Frage unter dem Gesichtspunkt ursprünglicher (nicht nachträglicher) Unmöglichkeit der Leistung unter Beurteilung von Einzelfällen.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 929, WarnE. **14** 204, R. **14** Nr. 1085. Der in der Entlassung eines Arbeitnehmers liegende Gläubigerverzug des Arbeitgebers hört erst dann auf, wenn der Arbeitgeber erklärt, daß er die Dienste als auf Grund des noch bestehenden Vertrags geschuldet annehmen wolle, wenn er klar zu erkennen gibt, daß die Entlassung zu Unrecht erfolgt sei.

4. Goldbaum, Rechte und Pflichten des Schauspielers. Der Schauspieler hat kein Recht auf Beschäftigung (19), also auch kein Recht auf Zuweisung bestimmter Rollen (22). Über sog. „Kaltstellung" als Kündigungsgrund 51. Ist ein Beschäftigungs**recht** vereinbart, so liegt ein **Dienst**vertrag nicht vor (22).

§ 616. 1. GewuKfmG. **19** 300 (KfmG. Stuttgart). Bei monatlicher Gehaltszahlung ist eine achttägige Krankheit als eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" anzusehen.

2. GewuKfmG. **20** 21 (GG. Berlin). Für die Dauer eines vertragsmäßig zugesicherten Urlaubs kann keine Vergütung verlangt werden, wenn der Vertrag infolge des Krieges vorher aufgelöst wird.

3. Baum, JW. **14** 816. Einem höheren Angestellten, dem seine Stellung nach mehrjähriger Tätigkeit zum 1. September gekündigt war, wird man, wenn er am 15. August zu den Fahnen einberufen wird, ohne weiteres noch das Gehalt bis Ende August zusprechen müssen.

4. Schultz, KGBl. **14** 110. Auch bei längerer Verhinderung, also auch bei Einberufung zur Fahne, ist der Lohn für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit fortzuzahlen. Der Umfang dieses Zeitraums läßt sich nicht allgemein bestimmen. Die Höchstgrenze bestimmt die Kündigungsfrist. Unterstützungen auf Grund des **G.** vom 28. Februar 1888/4. August 1914 sind anzurechnen. AM. Kipp, RuW. **14** 210.

§ 618. 1. OLG. 28 184, ElsLothJZ. **39** 296 (Colmar). § 618 greift auch bezüglich der von dem Dienstberechtigten gestellten Tiere Platz.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2431. Das Nichtbestehen einer entsprechenden Unfallverhütungsvorschrift entschuldigt nicht.

3. **RG** R. **14** Nr. 1678. Mit der Beschaffung der zur Verrichtung der Dienste erforderlichen Gerätschaften seitens des Dienstberechtigten ist es vereinbar, daß die ordnungsmäßige Unterhaltungs- und Ausbesserungspflicht dem Dienstverpflichteten selbst obliegen kann; eine solche Vereinbarung läßt sich auch stillschweigend treffen und kann aus der Art der Dienste unter Berücksichtigung der Verkehrssitte gefolgert werden (Schulpedell).

4. **RG. 84** 415. § 135 GewUVG. (jetzt §§ 898, 899 RVO.) schließt Schadensersatzansprüche der Versicherten und ihrer Hinterbliebenen aus dem Unfall auch dann aus, wenn diese Ansprüche auf ein Vertragsverhältnis (§ 618 BGB.) gestützt werden.

§ 620. 1. Püschel, GewuKfmG. **19** 289. Beim Akkordvertrag spricht eine Vermutung dafür, daß das Dienstverhältnis nach dem Willen der Parteien für die Dauer der Akkordarbeit nicht kündbar sein soll.

2. DJZ. **14** 446 (Karlsruhe). Anstellung „für die Saison" heißt Anstellung für die ganze Saison.

§ 622. R. **14** Nr. 609 (Stuttgart). Ein Apothekenverwalter ist als ein zur Leistung von Diensten „höherer Art" Angestellter anzusehen.

§ 625. Goldbaum, Rechte und Pflichten des Schauspielers. Anstellungszeit (Sommerengagement, Winterspielzeit usw.) 24 ff.

§ 626. I. Allgemeines. 1. **RG.** BayRpflZ. **14** 271, WarnE. **14** 248. Mit Recht hebt das Berufungsgericht hervor, daß die Bestimmung des § 626 BGB. zwingendes Recht enthält. Diese Eigenschaft hindert aber nicht, daß über die Wichtigkeit von Gründen zu fristloser Kündigung des Dienstverhältnisses vertragsmäßige Bestimmungen getroffen werden. Durch Vertrag kann Tatsachen, die an sich einen wichtigen Grund darstellen würden, unter besonderen Voraussetzungen diese Bedeutung genommen werden. Sollen nach dem Vertrage gewisse Tatbestände nur dann einen wichtigen Grund bilden, wenn im einzelnen festgesetzte erschwerende Umstände obwalten, so können sie ohne das Vorliegen dieser Umstände nicht auf Grund des § 626 BGB. als wichtige Gründe zur Auflösung des Dienstverhältnisses verwertet werden. Insofern ist die vertragliche Regelung maßgebend. Das schließt aber nicht aus — und darin zeigt sich die zwingende Natur der Gesetzesvorschrift —, daß Tatbestände, denen der Vertrag die Wichtigkeit nicht abspricht und die er nicht nur unter Beschränkungen als wichtige Gründe zuläßt, nach § 626 als vertragauflösend zu gelten haben.

2. **RG.** R. **14** Nr. 190. Einen wichtigen Grund zur Auflösung eines Gesamtvertrags, der sich aus einem Pacht- und einem Dienstvertrage zusammensetzt, kann nur ein Umstand, insbesondere eine Vertragsvorschrift bilden, die auf dem Gebiet der Dienstleistungen liegt, auf diesem Gebiet erwachsen ist und dieses Gebiet betrifft, oder die, wenn sie auch aus dem Gebiet der Pachtbeziehungen herrührte und direkt nur die Pachtbeziehungen betraf, doch mittelbar den äußerlich wichtigen Fortgang der Dienstleistungen sei es bereits gestört hat, sei es notwendig stören muß.

3. OLG. **28** 187 (Dresden). Einem Angestellten, der sich selbständig machen will, muß nachgelassen werden, die zur Gründung seines Geschäfts erforderlichen Maßnahmen bereits zu der Zeit zu treffen, wo sein Dienstverhältnis noch besteht, wenigstens schon innerhalb des Zeitraums zwischen Kündigung und Beendigung des Dienstverhältnisses.

4. **RG.** WarnE. **14** 211, R. **14** Nr. 2434, 2435, 2436. § 626 gilt auch für das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, der die Rechtsfähigkeit durch Zulassung der Aufsichtsbehörde (§ 15 PrivVersG.) erlangt hat.

5. **RG** GruchotsBeitr. **58** 1085, JW. **14** 771 Nr. 16. Dem Armenanwalt kann nicht wie im Fall des Auftrags nach § 671 BGB. ein jederzeit ausübbares Kündigungsrecht oder, wie beim Dienstvertrag nach § 626 BGB., ein Kündigungsrecht beim Vorliegen eines wichtigen Grundes zugestanden werden. Die ihm auferlegte öffentlich-rechtliche Vertretungspflicht hindert ihn, das Vertragsverhältnis zu kündigen, ebenso wie sie ihn zwingt, den Vertrag mit der armen Partei abzuschließen, falls neben der Bestellung zum Armenanwalt der Abschluß eines solchen Vertrags zur Begründung eines bürgerlich-rechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen der armen Partei und dem Anwalt für erforderlich erachtet wird. Ebenso wie der zum

Armenanwalt Bestellte nicht von vornherein die Wahrnehmung der Rechte der armen Partei einfach ablehnen, sondern nur im Wege eines Antrags an das Prozeßgericht oder der Beschwerde die Wiederaufhebung seiner Bestellung zum Armenanwalt erreichen kann (vgl. Schott, Das Armenrecht 115, 116 und die dort Anm. 1 bis 3, 5 angeführten Entscheidungen), so kann er auch, nachdem er auf Grund der Bestellung für die arme Partei tätig geworden ist, das Vertragsverhältnis nicht einseitig kündigen (vgl. Breslauer, Die rechtliche Stellung des Armenanwalts 29).

6. a) Goldbaum, Rechte und Pflichten des Schauspielers 15. Der Mangel der fälschlich vorgespiegelten oder später nicht erlangten Konzession gibt dem Schauspieler ein Recht zur fristlosen Kündigung. b) Goldbaum, Rechte und Pflichten des Schauspielers 47 ff. Über die Frage, ob Schwangerschaft ein Entlassungsgrund ist.

7. **RG.** R. **14** Nr. 2995. Es stellt eine Vertragsverletzung gegenüber einem gewinnbeteiligten leitenden Angestellten dar, wenn ihm die Leitung grundlos durch Danebensetzung eines anderen Angestellten aus der Hand genommen wird.

II. Kriegsrecht. 1. DJZ. **15** 117 (KfmG. Berlin). Der Krieg ändert nichts an den bestehenden Dienstverträgen.

2. Oertmann, GewuKfmG. **20** 1. Der Krieg als solcher ist kein Kündigungsgrund. Die Einberufung des Angestellten ist dagegen in der Regel ein Grund zur sofortigen Kündigung im Gegensatze zur Einberufung des Arbeitgebers.

3. Schultz, KGBl. **14** 110. Im allgemeinen wird die Fortdauer eines bestehenden Arbeitsverhältnisses durch den Krieg nicht berührt. Es gelten jedoch folgende Ausnahmen: a) Ein vor der Mobilmachung für ein Hochseefahrzeug angenommener Schiffsmann kann den Antritt der Arbeit vor Beginn der Fahrt ablehnen. Die Verpflichtungen, die ein Schiffsmann eingeht, und die Gefahren, denen er sich aussetzt, sind während eines Kriegszustandes bedeutend größer als in Friedenszeiten. Man braucht nur an die Möglichkeit zu denken, daß das Schiff gekapert werden und er in Kriegsgefangenschaft geraten kann. Diese Umstände machen den Vertrag zu einem anderen. Die Eingehung eines anderen Vertrags, als er ursprünglich geschlossen war, kann aber jeder der Vertragschließenden ablehnen (vgl. SeuffA. 28 Nr. 59). b) Bei Angestellten, die für dasjenige Land ausdrücklich angenommen sind, mit dem der Kriegszustand besteht (Reisende, Monteure), ist für die Zeit des Kriegszustandes die Vertragserfüllung unmöglich. Für diese Zeit gilt § 323 BGB. Von selbst endet auch hier das Vertragsverhältnis nicht, doch besteht für beide Teile ein „wichtiger Grund" zur Kündigung. c) Verträge mit Schauspielern niederen Grades, Artisten, Musikern und ähnlichen Personen enthalten häufig die Bestimmung, daß Kriegsausbruch den Vertrag sofort löse. Ist diese Klausel nicht vorhanden, so bleibt auch der Ausbruch des Krieges ohne jeden Einfluß. Unerheblich ist namentlich, ob etwa der Unternehmer der Artistentruppe in seinem Vertrag mit dem Saalinhaber, bei dem gespielt wurde, die Kriegsklausel hatte und infolgedessen seine Tätigkeit in dem Etablissement einstellen mußte, oder ob der betreffende Gastwirt überhaupt sein Lokal schließt. War der Unternehmer einen Vertrag mit der Kriegsklausel eingegangen, so ist es seine Schuld, wenn er sich nicht seinen Angestellten gegenüber in ähnlicher Weise gleichfalls gesichert hat. Nur wenn infolge des Kriegszustandes Aufführungen der Art, wie sie in Frage kommen, von der Behörde untersagt sind, liegt für die Zeit des Verbots Unmöglichkeit der weiteren Vertragserfüllung mit der Folge des § 323 vor. Ist das Verbot zurückgezogen, so gelten die Verträge weiter. Auch hier würde ein Verbot auf längere oder unbestimmte Zeit beiden Teilen einen Grund zur sofortigen Kündigung geben.

4. Bovensiepen, DRZ. **14** 876; Kipps, RuW. **14** 210. Die Frage der fristlosen Entlassung eines Angestellten beim Kriegsausbruch läßt sich nur für den einzelnen Fall beantworten.

5. Baum, GewuKfmG. **19** 410. Nicht unter allen Umständen gibt die Einberufung des Arbeitnehmers ein Recht zu fristloser Kündigung.

6. Baum, JW. **14** 817. Den nicht zum Militärdienst einberufenen Arbeitnehmern gegenüber besteht im allgemeinen infolge des Kriegszustandes nicht das Recht zur sofortigen Entlassung. Ausnahmen: Schließung des Betriebs aus militärischen Gründen, feindlicher Einbruch, Nichtbeschaffbarkeit unentbehrlicher Materialien. Die Einberufung des Arbeitgebers zum Militär ist erst dann ein wichtiger Grund, wenn er eine geeignete Stellvertretung nicht beschaffen kann und deshalb den Betrieb schließen muß.

7. Hippe, GewuKfmG. **20** 37. Die Einberufung des Angestellten rechtfertigt seine sofortige Entlassung. Kommt er nach kurzer Zeit wieder zurück, so lebt das Vertragsverhältnis wieder auf (aM. Oertmann, GewuKfmG. **20** 1).

8. Fromherz, BadRpr. **14** 179 (nach RAZ. **14** 218). Die Einberufung des Dienstverpflichteten ist ein wichtiger Grund zur Auflösung ohne Fortbezug der Vergütung. Einberufung des Dienstherrn gibt nur unter Umständen ein Kündigungs- oder Entlassungsrecht. Die freiwillige Gestellung des Dienstverpflichteten oder Dienstherrn ist eine vertragswidrige Handlung, die zu Schadensersatz verpflichtet.

9. GewuKfmG. **20** 64 (KfmG. Görlitz). Die Einberufung zum Kriegsdienst rechtfertigt die sofortige Entlassung. Der nach einigen Wochen zurückkehrende Angestellte hat keinen Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts.

10. GewuKfmG. **20** 19 (GG. Offenbach). Einschränkung des Betriebs als Kriegsfolge rechtfertigt die sofortige Entlassung.

11. GewuKfmG. **20** 26 (KfmG. Jena). Bei Schließung des Geschäfts infolge Beschlagnahme dürfen Angestellte fristlos entlassen werden.

12. GewuKfmG. **20** 65 (KfmG. Hamburg). Der Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts fällt auch ohne ausdrückliche Kündigung fort.

13. GewuKfmG. **20** 30 (KfmG. Berlin). Ablehnung einer Lohnkürzung ist kein Entlassungsgrund.

14. Oertmann, Entlassung ausländischer Angestellter aus wichtigem Grunde während der Kriegsdauer, R. **14** 632. Der Umstand, daß der Angestellte Angehöriger des feindlichen Auslandes ist, bildet für sich allein noch keinen wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB. Ebenso Lotmar, GewuKfmG. **20** 41, Mantel, das. 49, Meyerstein, das. 46, GewuKfmG. **20** 67 (KfmG. Berlin-Schöneberg), **20** 22 (GG. Berlin), **20** 32 (KfmG. Berlin); abw. GewuKfmG. **20** 66 (KfmG. Berlin) und für den Fall der Internierung der Ausländer GewuKfmG. **20** 57 (GG. Würzburg). Nach v. Schulz, GewuKfmG. **20** 17, kommt es auf den Einzelfall an.

15. DJZ. **15** 117 (KfmG. Berlin). Gröbliche Verletzung des deutschen Nationalgefühls ist ein Grund zu fristloser Kündigung.

16. GewuKfmG. **20** 68, auch 31 (KfmG. Bremen). Wird der Geschäftsführer im Ausland festgehalten, so kann er fristlos entlassen werden, wenn seine Stelle sofort anderweit besetzt werden muß.

III. Zeitlich zurückliegende Gründe. **RG.** R. **14** Nr. 2249. Aus dem anstößigen früheren Verhalten des Angestellten kann ein Kündigungsgrund selbst dann entnommen werden, wenn seine Führung im jetzigen Dienst bisher zur Klage keinen Anlaß gegeben hat.

IV. Verspätung der Entlassung. **RG.** R. **14** Nr. 2250. Wartet der Dienstherr in Kenntnis eines außerordentlichen Kündigungsgrundes überlange Zeit mit der Kündigung stillschweigend zu, so ist sie unwirksam.

§ 627. 1. **RG.** SeuffA. **69** 132 Nr. 74. § 627 ist auf das Verhältnis zwischen dem Bauherrn und dem bauleitenden Architekten nicht anwendbar.

2. Goldbaum, Rechte und Pflichten des Schauspielers 19. Die Dienste des

Schauspielers sind „höherer Art", pflegen jedoch nicht „auf Grund besonderen Vertrauens" übertragen zu werden.

§ 628. 1. BadRpr. **14** 123 (Karlsruhe). Erleidet ein Dienstverpflichteter einen Schaden, weil der Dienstberechtigte die ihm nach § 618 BGB. obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt, so kann der Verletzte seinen Schadensersatzanspruch nicht nur auf § 618, sondern auch auf § 823 Abs. 2 BGB. stützen.

2. **RG.** WarnE. **14** 113. Der Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB. setzt schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten durch den Gegner des Kündigenden voraus.

§ 630. 1. Schmincke, GewuKfmG. **14** 331. In der Regel kann der Dienstverpflichtete nicht schon nach der Kündigung ein Zeugnis verlangen.

2. OLG. **28** 188 (Celle). Führungszeugnis des Schiffsmanns eines Seedampfers.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Literatur: Goldbaum, Theaterrecht. Berlin 1914. — Riggl, Die Haftpflicht der Post bei Reisen mit Motor-Personenposten, R. **14** 378 ff. — Silberschmidt, Die Verjährung der Forderungen des Baumeisters und gegen den Baumeister, GruchotsBeitr. **58** 333 ff.

§ 631. I. Allgemeines. *v. Gierke, Festschr. der Berliner Juristenfakultät für H. Brunner (1914) 49. Der geschichtlich begründete innere Unterschied von Dienstvertrag und Werkvertrag beruht darauf, daß jener überwiegend Organisationsgeschäft, dieser in erster Linie Austauschgeschäft ist. — *v. Gierke, JheringsJ. **64** 395 ff. Der Werkvertrag ist grundsätzlich vorübergehender Schuldvertrag, erzeugt aber als Arbeitsvertrag ein auf Dauer bis zur Erfüllung angelegtes Schuldverhältnis, das ihm eingebaut ist, aber bei den einzelnen Arten der Werkverträge eine ungleiche Rolle spielt.

II. Einzelfragen. 1. **RG.** BayRpflZ. **14** 229, ZBlFG. **15** 204. Unter den Parteien war ausgemacht, daß der Kläger in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt gegen Ersatz der gesetzlichen Gebühren den bereits zwischen dem Beklagten und dem Chinesen F. schriftlich abgeschlossenen Vertrag über Ausbeutung einer Kohlengrube in die dem chinesischen Berggesetze vom 20. September 1907 entsprechende Gestalt bringen solle. Zu diesem Zweck sollte der Kläger auch mit dem deutschen Konsulat verhandeln. Dieser Vertrag war ein Werkvertrag nach §§ 631 ff., der zugleich eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hatte.

2. **RG.** WarnE. **14** 82, HessRspr. **14** 251. Unter „Arbeitseinstellungen", die eine Verlängerung der zur Herstellung eines Bauwerkes ausbedungenen Frist zur Folge haben sollen, sind auch Aussperrungen zu verstehen.

3. Theaterbesuchsvertrag. Goldbaum, Theaterrecht. Der Theaterbesuchsvertrag ist ein Werkvertrag. Der Schauspielunternehmer ist verpflichtet, die Aufführung so zu veranstalten, daß der Besteller (Besucher) ihr beiwohnen kann (242). — Abschluß des Theaterbesuchsvertrag (243). — Form des Theaterbesuchsvertrags (244). — Hausrecht des Unternehmers (247). — Verpflichtungen des Besuchers (248), des Unternehmers (249). — Nichterfüllung des Theaterbesuchsvertrags (252). — Ende des Theaterbesuchsvertrags (254). — Konkurs des Unternehmers (255), des Besuchers (256).

4. Theateraufführungsvertrag. Goldbaum, Theaterrecht. Der Theateraufführungsvertrag, d. h. der Vertrag, durch den sich der an einem Bühnenwerk Aufführungsberechtigte verpflichtet, dem Theaterunternehmer gegen Entgelt und gegen Übernahme der Pflicht zu öffentlichen Aufführungen (143) die Aufführungsbefugnis zu übertragen, ist kein Werkvertrag, sondern ein Vertrag eigener Art (106, 110), ein gewagter Vertrag (141). — Gegenstand des Aufführungsvertrags (112). — Subjekte des Aufführungsvertrags (113). — Abschluß des Aufführungsvertrags (125). — Form des Aufführungsvertrags (131). — Der

Parteien Rechte und Pflichten (134). — Pflichten des Theaterunternehmers (143). — Zeit der Aufführung (144). — Entgeltleistung (155). — Ende des Aufführungsvertrags (171). — Abtretung (186).

5. *Niggl, R. 14 378. Für die Frage, nach welchen Grundsätzen die Post für Personen- und Sachschäden bei Reisen mit Motor- (Kraftwagen-) Personenposten zu haften habe, ist entscheidend, ob sie „ordentliche Posten" im Sinne des § 11 PostG. sind. Nach übereinstimmender Rechtsprechung der Obergerichte sind „ordentliche Posten" Fuhrwerke, die der Staat für eigene Rechnung zum gemeinen Besten behufs Beförderung von Briefen, Paketen und Reisenden unterhält und bei denen eine regelmäßige Abgangs- und Ankunftszeit nach Tagen und Stunden angesetzt ist. Rein äußerlich genommen trifft dies auf die Motorposten zu. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß das PostG. unter „ordentlichen Posten" nur Zugtierposten verstanden hat und verstehen konnte, und daß ihnen nur wegen der Besonderheit ihres Betriebs (Benützung der gegebenen Wege, Fahrtausführung ohne Rücksicht auf die Witterung) und wohl auch wegen der verhältnismäßig geringen Gefährlichkeit ihres Betriebs die Sonderhaftpflicht zugestanden worden ist. § 11 ist daher nicht anwendbar, vielmehr haftet die Post gemäß §§ 631 ff. BGB., sofern sie ihre Haftung nicht durch besondere Vorschriften geregelt hat. Dies hat Bayern durch § 15 VO. vom 1. Juni 1913 (GVBl. 172) getan. Die Rechtsgültigkeit dieser Verordnung steht in Zweifel, weil die Haftung der Post im PostG. geregelt und daher für Regelung dieser Materie durch Verordnung kein Platz sein dürfte.

6. Rosenthal, Die Einwirkung des Krieges auf Reklameverträge, DJZ. 14 1164. Der Reklamevertrag wird grundsätzlich durch den Krieg nicht berührt, er ist aber regelmäßig, wenn auch stillschweigend, unter dem Vorbehalt gleichbleibender Verhältnisse geschlossen.

§ 632. 1. **RG.** LeipzZ. 14 929. Darauf kommt es nicht an, ob der Besteller den inneren Willen hatte, sich zur Bezahlung einer Vergütung nicht zu verpflichten, vielmehr ist die objektive Tatsache, daß eine unter § 632 Abs. 1 fallende Arbeit geliefert ist, kraft Gesetzes ausreichend, um bis zum Nachweis eines übereinstimmenden gegenteiligen Parteiwillens die Entgeltlichkeit als von beiden Teilen gewollt anzusehen.

2. **RG.** WarnE. 14 164. Die objektive Tatsache, daß eine unter § 632 Abs. 1 fallende Arbeit im Einverständnisse mit dem Besteller geliefert ist, reicht kraft Gesetzes aus, um bis zum Nachweis eines übereinstimmenden gegenteiligen Parteiwillens die Entgeltlichkeit als von beiden Teilen gewollt anzusehen. Daneben kommt es darauf, ob der Besteller seinerseits den inneren Willen hatte, sich zur Bezahlung nicht zu verpflichten, nicht an.

3. OLG. 28 192 (Breslau). Verlangt der Unternehmer die übliche Vergütung, so muß er beweisen, daß eine bestimmte Vergütung nicht vereinbart ist. Er muß die Behauptung des Bestellers, es sei eine hinter der üblichen zurückbleibende Vergütung vereinbart, widerlegen.

4. **RG.** R. 14 Nr. 1680. Bringen die mit einer Gebäudeausbesserung beauftragten Arbeiter eines Bauunternehmers dabei Gegenstände zum Absturz auf einen unabgesperrten öffentlichen Verkehrsraum, so haftet der Bauunternehmer dem Gebäudeeigentümer kraft Vertrags auf Ersatz der wegen Körperverletzung an einen Dritten zu zahlenden Beträge.

5. **RG.** WarnE. 14 164, R. 14 Nr. 610. Bauprojekte mit Zeichnungen und Anschlägen sind zu bezahlen, wenn sie nach Lage des Falles nicht Unterstützung der eigenen Bewerbung, sondern Unterlage für die Entschließung des Bestellers über Verhandlungen mit Konkurrenzfirmen sein sollen.

§ 633. 1. **RG.** JW. 14 642 Nr. 4, R. 14 Nr. 2062. Wird der Rechtsanwalt von seinem Klienten mit der Abfassung eines Vertrags betraut, so hat das zwischen

ihm und dem Klienten bestehende Vertragsverhältnis die Natur eines Werkvertrags. Dem Gebührenanspruch kann daher die Einrede der Wandelung oder der Minderung entgegengesetzt werden.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1090. Hat der Unternehmer bei den Vorverhandlungen auf die voraussichtliche Unzulänglichkeit einer bereits vorhandenen mitzubenutzenden Anlage hingewiesen, so braucht er bei dem endgültigen Abschlusse des Vertrags über das von ihm auszuführende Werk nicht mehr darauf zurückzukommen, wenn der Besteller seine Warnung nicht beachtet hat.

§ 638. 1. Silberschmidt, GruchotsBeitr. **58** 333 ff., gibt einen wertvollen Überblick über die Rechtsentwicklung namentlich in der gerichtlichen Praxis.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1409. Unter § 638 BGB. fallen nicht Ansprüche aus Körperverletzungen, die durch pflichtwidrige Ausführung eines Werkvertrags entstanden sind.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **59** 124, LeipzZ. **14** 1208, R. **14** Nr. 1828. Die Herstellung von Brunnen (mit Saugröhren ausgefüllten Bohrlöchern) ist nicht Herstellung eines Bauwerks, sondern Arbeit an einem Grundstück.

4. OLG. 28 194 (Zweibrücken). § 638 ist unanwendbar, wenn es sich nicht um einen Mangel des gelieferten Werkes handelt, sondern um eine durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtgemäße Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Vertragsverletzung (**RG. 62** 119, 210, **64** 41, **66** 12). Wenn aber die Zusage besonders sorgfältiger Ausführung nicht eingehalten ist, handelt es sich um einen Mangel des gelieferten Werkes, und auch wenn man die Zusage als Garantie auffaßt, stellt der Mangel der zugesicherten Eigenschaft einen Fehler des Werkes dar (**RG. 71** 174, **53** 204); der § 638 ist daher anzuwenden.

§ 640. RG. EisenbE. 30 328. Allerdings kann darin, daß der Besteller eine gelieferte Anlage in Betrieb nimmt und dauernd benutzt, ein Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln enthalten sein. Allein ob ein solcher Verzicht anzunehmen ist, ist nur nach den Umständen des Falles zu entscheiden.

§ 641. 1. **RG.** R. **14** Nr. 611. Werkabnahme und Eigentumsübergang fallen begrifflich nicht zusammen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2063. Die Abnahme kann auch durch schlüssige Handlungen erfolgen.

§ 648. R. **14** Nr. 191 (Hamburg). Der Anspruch des Unternehmers auf eine Sicherungshypothek wird hinfällig, sobald der Besteller das Grundstück veräußert.

§ 651. 1. Oertmann, Zur Lehre vom Lieferungskauf, DJZ. **14** 278. Der Vertrag auf Herstellung einer vertretbaren Sache ist kein reiner Kauf, weil abweichend von der herrschenden Lehre eine Herstellungspflicht des Verkäufers anzuerkennen ist; zustimmend Nemes, das. 562.

2. **RG.** R. 14 Nr. 912. Aus der Abrede „Als Erfüllungsort für Lieferung und Zahlung gilt für beide Teile M." folgt nicht, daß M. auch als Ort der Ablieferung oder der Abnahme anzusehen ist.

Achter Titel. Mäklervertrag.

Literatur: Bondi, Besteht ein Anspruch auf Mäklerlohn, wenn der vermittelte Vertrag durch eine vom Auftraggeber verübte arglistige Täuschung zustande gekommen und mit Erfolg angefochten ist? LeipzZ. 14 1010.

§ 652. I. Goldbaum, Theaterrecht. Der Theaterstellenvermittlungsvertrag ist nach §§ 652 ff. BGB. zu beurteilen. — Subjekte des Stellenvermittlungsvertrags (227). — Form des Stellenvermittlungsvertrags (229). — Der Parteien Rechte und Pflichten (230). — Ende des Stellenvermittlungsvertrags (239).

II. Anspruch auf Mäklerlohn. 1. Entstehung. a) OLG. 28 198 (Hamburg). Ein Anspruch auf Mäklerlohn ist ohne das Zustandekommen eines

Mäklervertrags nicht denkbar. Hieran kann auch eine Ortsübung nichts ändern. **b)** **RG.** LeipzZ. **14** 678. Ist infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Mäklers ein Vertrag wirklich zustande gekommen, so wird sein hierdurch begründeter Provisionsanspruch davon nicht berührt, daß die Parteien selbst irrtümlich den Vertrag für nicht zustande gekommen ansehen oder sein Zustandekommen für so zweifelhaft halten, daß sie von seiner Ausführung Abstand nehmen oder sich vergleichen. **c)** **RG.** SeuffA. **69** 96 Nr. 52. Der Anspruch auf Mäklerlohn fällt fort, wenn der Mäkler von einer weiteren Tätigkeit, die den Abschluß des Vertrags alsbald herbeizuführen geeignet ist, absteht und damit den Auftraggeber nötigt, sich der Hilfe eines anderen Mäklers zu bedienen.

2. Ursächlicher Zusammenhang. **a)** Die Entsch. JDR. **12** II 5a ist auch abgedr. **RG.** **83** 32. **b)** OLG. **28** 199 (Karlsruhe). Für den Anspruch auf Mäklerlohn genügt es, daß die Mäklertätigkeit mitwirkende Ursache für das Zustandekommen des Hauptvertrags war. **c)** OLG. **28** 199 (KG.). Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Vertragsschluß und Mäklertätigkeit steht dem Anspruch auf Mäklerlohn entgegen. **d)** OLG. **28** 196 (Hamburg). Der Eintritt der dem Hauptvertrag beigefügten auflösenden Bedingung ist mangels besonderer Abrede auf den Anspruch auf Mäklergebühr ohne Einfluß. **e)** **RG.** GruchotsBeitr. **59** 120, WarnE. **14** 252. Die Frage, ob, wenn ein Mäkler schlechthin mit dem „Verkauf" eines Grundstücks beauftragt ist, der Mäklerlohn unter allen Umständen erst mit der Vermittlung des Kaufabschlusses verdient wird, ist streitig. Sie läßt sich nur nach der Lage des einzelnen Falles beantworten. **f)** **RG.** GruchotsBeitr. **59** 120, WarnE. **14** 252, R. **14** 1683, 1684. Weiß der Auftraggeber, daß der Mäkler in seinem Auftrag einer bestimmten, ihm zugeführten Person gegenüber tätig geworden ist, und muß er mit der Möglichkeit rechnen, daß der Vertrag im Anschluß an die nicht durch Widerruf ausgeschaltete Tätigkeit des Mäklers zustande gekommen ist, so hat der Auftraggeber bewußt auf Grund der Vermittlertätigkeit abgeschlossen; es kann nicht noch weiter gefordert werden, daß der Auftraggeber auch die Überzeugung davon gehabt haben müsse, es sei die Tätigkeit des Mäklers eine erfolgreiche gewesen (**RG.** **83** 32). Dies um so weniger, als die Tätigkeit des Mäklers nicht die alleinige Ursache des Vertragsschlusses gewesen zu sein braucht (vgl. JW. **02** 282 Beil. Nr. 236). **g)** **RG.** GruchotsBeitr. **59** 120, WarnE. **14** 252. Die Provision hat der Mäkler erst verdient, wenn der Auftraggeber seine Dienstleistung angenommen hat. Eine Annahme der Dienstleistung ist aber nur möglich, wenn der Auftraggeber vor Abschluß des Kaufvertrags von der Vermittlertätigkeit des Mäklers Kenntnis erlangt hat. Diese Kenntnis des Auftraggebers von der Vermittlertätigkeit vor Abschluß des Vertrags muß auch deshalb als Voraussetzung der Provisionsforderung aufgestellt werden, weil diese Kenntnis, insbesondere das aus dieser Kenntnis hervorgehende Bewußtsein, den Mäklerlohn zu schulden, nicht ohne Einfluß auf die Entschließung des Auftraggebers sein wird, das vermittelte Geschäft einzugehen (**RG.** **47** 255, **31** 291). Aus diesen Gründen, die zur Aufstellung des Erfordernisses der Kenntnis geführt haben, ergibt sich, daß eine Kenntnis der Vermittlertätigkeit dann nicht zu verlangen ist, wenn feststeht, daß der Auftraggeber auch bei Kenntnis der Vermittlertätigkeit nicht anders abgeschlossen haben würde. Denn alsdann war das Interesse des Auftraggebers an der vorgängigen Kenntnis der Vermittlertätigkeit gewahrt. Eine besondere Bekanntgabe der Vermittlertätigkeit wäre dann unnötig (**RG.** **68** 202). **h)** R. **14** Nr. 192 (Hamburg). Der Mäkler hat die Provision auch dann verdient, wenn er dem Verkäufer, der ihn beauftragt hatte, einen Käufer zugeführt und dieser dann auf Grund der Angaben des Mäklers mit dem Verkäufer persönlich sich geeinigt hat.

3. Identität des vermittelten Vertrags. **a)** SächsOLG. **35** 226. Der Anspruch auf Mäklerlohn wird nicht notwendig dadurch ausgeschlossen,

daß der vermittelte Vertrag unter anderen als den genannten Bedingungen und mit einer anderen als der ursprünglich in Aussicht genommenen Person abgeschlossen ist. b) **RG.** R. **14** Nr. 1681. Wer für ein künftiges fest an die Hand gegebenes Geschäft mit einem anderen Teilung der Vermittlerprovision ausgemacht hat, wird seiner Zahlungspflicht nicht ohne weiteres dadurch ledig, daß er gegen Empfangnahme einer Abfindung den Geschäftsherrn das Geschäft mit einem Dritten schließen läßt.

4. Anfechtung des vermittelten Vertrags. Bondi, LeipzZ. **14** 1010. Ist der vermittelte Vertrag durch eine vom Auftraggeber verübte arglistige Täuschung zustande gekommen und deshalb mit Erfolg angefochten, so besteht ein Anspruch auf Mäklerlohn dann, wenn nicht nur der Vertragsgegner, sondern auch der Mäkler getäuscht ist.

5. Beiseiteschiebung des Mäklers. R. **14** Nr. 32 (Colmar). Wird ein mit Vermittlung eines Kaufes beauftragter Mäkler von seinem Auftraggeber nachher absichtlich beiseite geschoben, und kommt der Kauf dann ohne seine Vermittlung zustande, so kann der Mäkler gleichwohl die vereinbarte Provision fordern.

6. Verzicht auf Widerruf. **RG.** LeipzZ. **14** 753. Die freie Widerruflichkeit des dem Mäkler erteilten Auftrags kann durch den Willen der Vertragsparteien ausgeschlossen werden. Dieser Wille kann sich auch ohne ausdrücklichen dahingehenden Ausspruch aus den Umständen des Falles ergeben (ebenso **RG.** BayRpflZ. **14** 169).

§ 653. OLG. 28 200 (KG.). Für Vermittlung der Vermietung von Hotelräumen beträgt in Berlin der übliche Mäklerlohn 2 v. H. des jährlichen Mietpreises.

§ 654. KGBl. **14** 24 (KG.). Auch dann kann ein Vertragsverhältnis zwischen dem Mäkler und der „anderen Partei" gegeben sein, wenn der Mäkler für seine Tätigkeit für die „andere Partei" einen Mäklerlohn nicht erhält.

Neunter Titel. Auslobung.

§ 661. *Klein, Auslobung unter Bestimmung der Preisrichter, Wirkung eines Wechsels der letzteren, ÖstZBl. **32** 110—114, beantwortet die Fragen: a) Haftet der Auslobende, der im Preisausschreiben bestimmte Personen als Preisrichter bezeichnet hat, den Bewerbern, die durch die Angabe gerade dieser Preisrichter zur Bewerbung um den Preis mitbestimmt wurden, dafür, daß die im Preisausschreiben bezeichneten Preisrichter die „Entscheidung treffen" ... oder darf er an Stelle der im Preisausschreiben bezeichneten Preisrichter neue Preisrichter ernennen? b) Kann — falls vom Auslobenden neue Preisrichter ernannt wurden — ein Bewerber, der gemäß der Entscheidung der neuen Preisrichter keinen Preis erhält, vom Auslobenden die Erteilung des ausgesetzten Preises verlangen, indem er nachweist: er hätte diesen Preis erhalten, falls die ursprünglichen Preisrichter die Entscheidung getroffen hätten? S. auch Klein, KGBl. **14** 117.

Zehnter Titel. Auftrag.

Literatur: Grünschild, Die Treuhänderschaft zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung.

§ 662. 1. **RG.** BankA. **13** 372, R. **14** Nr. 1552. 1. Der Auftrag zur Giroüberweisung verbindet vertragsmäßig die Bank zur Leistung an den ihr bezeichneten Gläubiger; geschieht diese Leistung infolge Erschleichung eines gleichlautenden Kontos an einen Unberechtigten, so wird dadurch die Girobank gegenüber dem Überweisenden nicht befreit. 2. Eine Girobank ist verpflichtet, zu prüfen, ob diejenigen Kunden, die die Eröffnung eines Girokontos beantragt haben, zur Führung des von ihnen angegebenen Namens oder der angegebenen Firma berechtigt sind.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 432. Der Sicherungskäufer hat die gekaufte Sache treulich aufzubewahren und bei ihrem Verkauf auch die Interessen des Sicherungsverkäufers wahrzunehmen. Bei schuldhafter Zuwiderhandlung durch Verschleuderung ist er ersatzpflichtig.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **59** 126, JW. **14** 676 Nr. 4, WarnE. **14** 255. Wenn ein städtischer Polizeibeamter einen Dritten auffordert, sich an der Verfolgung von Verbrechern zu beteiligen, und dieser der Aufforderung nachkommt, so tritt er zu der Stadtgemeinde in ein Auftragsverhältnis.

§ 666. RG. R. **14** Nr. 1559. Beruht das Verlangen nach Rechnungslegung nicht auf einem privatrechtlichen Auftrag, sondern auf einem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse, so besteht auch kein privatrechtlicher Anspruch auf Entlastung.

§ 667. 1. **RG.** R. **14** Nr. 193. Als herauszugebende Beläge sind nicht ohne weiteres auch solche Briefe anzusehen, welche ein Beauftragter nicht infolge der Geschäftsführung selbst in Erfüllung eines Auftrags, sondern nur über dieselbe Angelegenheit mit Dritten gewechselt hat.

2. **RG** R. **14** Nr. 478. Der Kassierer ist für den Sollbestand nach Maßgabe des Kassenbuches so lange verantwortlich, als er nicht dessen Buchungen als sachlich unzutreffend nachweist. Bloße formelle Mängel, z. B. fingierte Buchungen und Gegenbuchungen in gleicher Höhe, sind einflußlos.

3. LeipzZ. **14** 1226 (Hamburg), s. auch R. **14** Nr. 1093. Der Dienstberechtigte kann auf die dem Dienstverpflichteten von Dritten übergebenen Schmiergelder keinen Anspruch erheben.

§ 675. 1. **RG.** BankA. **14** Nr. 10. Nach den Umständen des einzelnen Falles kann von einer Bank nach Treu und Glauben verlangt werden, daß sie zwar nicht Erwägungen über die Zweckmäßigkeit des ihr erteilten Auftrags anstellt, wohl aber auf die Bedenken, die ihr bekannt sind, hinweist und den Auftrag erst dann ausführt, wenn der Auftraggeber bei diesem verbleiben zu wollen ihr erklärt hat.

2. Gegen die Einschränkung des in **RG. 54** 329 ff. aufgestellten Grundsatzes Lessing, Zur Frage der Sorgfaltspflicht der Banken bei Ausführung von Überweisungsaufträgen, BankA. **14** 287.

3. Goldbaum, Theaterrecht. Die Aufführungskommission (Aufführungsagenturvertrag) ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (192). — Subjekte der Aufführungskommission (194). — Form des Vertrags (195). — Der Parteien Pflichten und Rechte (195). — Rechte des Kommissionärs (210). — Beendigung der Aufführungskommission (215). — Übertragung (221). — Konkurs (222).

§ 676. 1. OLG. **28** 201 (München). Die Ratserteilung stellt sich jedenfalls dann als Nebenvertragsleistung des Vermittlers dar, wenn der Geschäftsherr ihm gegenüber die Annahme der Vermittlung und die Ausführung des vermittelten Geschäfts von der Auskunft abhängig macht und der Vermittler zur Erfüllung dieses Verlangens die Erklärung abgibt.

2. OLG. **28** 201, SeuffA. **69** 184 Nr. 98 (München). Wenn ein Kaufmann bei seinem Kunden anfragt, ob dieser einen sich meldenden neuen Kunden kenne und letzterem ohne Gefahr Waren auf Kredit abgegeben werden können, so verlangt er einen diesbezüglichen Rat. Gibt hierauf der Angefragte eine Antwort, die der Anfrager nach der allgemeinen Verkehrsübung als Bejahung seiner Frage auffassen darf, so gibt er damit den Rat, die Waren zu liefern und den Kredit zu gewähren. Will er einen solchen Rat nicht geben, so muß er dies ausdrücken, indem er erklärt, er könne keine maßgebende Antwort geben, mindestens aber erkennen lassen, daß er weder bejahend noch verneinend antworten wolle.

3. OLG. **28** 204 (München). Hat ein Kunde von geringer Bildung und mit bescheidenen Kenntnissen die Verwaltung seines Vermögens ganz dem Bankier

überlassen, so muß dessen vertragliche Haftung für die Folgen erteilten Rates besonders streng beurteilt werden.

4. SeuffA. **69** 186 Nr. 99 (Dresden). Die Bank haftet für die Auskunft ihres Angestellten nicht, wenn der Angestellte offensichtlich nur als Privatperson die Auskunft erteilt hat. Der Umstand, daß die Auskunft in den Räumen der Bank erteilt ist, steht dieser Annahme nicht notwendig entgegen.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Literatur: Hartmann, Die öffentlich-rechtliche negotiorum gestio, R. **14** 221.

§ 677. 1. OLG. 28 205 (Frankfurt). Daß der Wille der Geschäftsbesorgung auf eine bestimmte Person gerichtet sei, ist nicht erforderlich; es genügt vielmehr, daß der Geschäftsführer für den handeln will, den es angeht.

2. **RG. 84** 390, R. **14** Nr. 1685. Für zukünftige Aufwendungen (des Vaters aus Anlaß des Unfalls seines Sohnes) kann nicht von vornherein (auch nicht im Wege der Feststellungsklage) aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangt werden, da sich erst bei der tatsächlichen Ausführung des Geschäfts zeigen kann, ob die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen.

3. OLG. **28** 230 (Posen). Kosten für Veröffentlichung polizeilicher Anordnungen auf Grund des Viehseuchengesetzes.

§ 679. 1. Holz, Der Arzt als negotiorum gestor, JW. **14** 1124. Der Arzt, welcher in Krankheitsfällen helfend eingreift, braucht nicht von vornherein zu wissen, daß er das Geschäft als solches des pflichtvergessenen Ehemanns, Vaters oder sonstigen gesetzlichen Vertreters führt, und er ist in Einzelfällen, d. h. in solchen Krankheitsfällen, die sich nach seiner Auffassung als dringend herausstellen, nicht gehalten, den entgegengesetzten Willen des Geschäftsherrn zu beachten.

2. LeipzZ. **14** 601 Nr. 8 (Hamburg). Bei der Begrenzung des Züchtigungsrechts Dritter, das mit den OLG. Braunschweig (DJZ. **05** 752) und Jena (ThürBl. **60** 125) anzuerkennen ist, ist insbesondere § 679 BGB. heranzuziehen.

§ 683. 1. OLG. 28 205 (Frankfurt). Die Zahlung einer Schuld des Geschäftsherrn entspricht regelmäßig seinem Interesse, insofern hierunter lediglich der objektive Nutzen zu verstehen ist, den die Geschäftsführung für ihn hat.

2. OLG. **28** 205 (Frankfurt). Nur in ganz besonderen Fällen kann anerkannt werden, daß die armenrechtliche Fürsorge für einen Hilfsbedürftigen ohne das Eingreifen des Dritten nicht rechtzeitig in Wirksamkeit getreten wäre. In der Regel ist deshalb in dem Eingreifen Dritter eine unzulässige Einmischung in die Angelegenheiten der Armenverwaltung zu erblicken, die von dieser nicht geduldet zu werden braucht.

§ 684. R. **14** Nr. 761 (BayObLG.). Durch Abforderung der Einnahmen genehmigt der Geschäftsherr noch nicht die Geschäftsführung als solche.

§ 687. **RG.** JW. **14** 469 Nr. 9. 1. Unter den Begriff des „Geschäfts" kann auch die Anmeldung eines Gebrauchsmusters fallen.

2. BreslauAK. **14** 24 (Breslau). Zahlt die Unfallversicherungsanstalt Unfallrenten, so hat sie deshalb noch keinen Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung gegen den Verursacher des Unfalls.

Zwölfter Titel. Verwahrung.

§ 688. OLG. **28** 208 (München). Der Werkunternehmer übernimmt bei Ausbesserungsarbeiten, deren Gegenstand der Besteller in die Werkstatt bringt, als Vertragspflicht auch die ordnungsmäßige Verwahrung und besonders die Behütung vor mißbräuchlicher Benutzung.

§ 690. **RG. 84** 338, JW. **14** 868 Nr. 9. Auf die Verwahrung durch das Zollamt findet § 690 auch nicht entsprechende Anwendung. Diese Verwahrung ist zwar

unentgeltlich, jedoch nicht im ausschließlichen Interesse des Absenders, sondern im öffentlichen (Zoll-) Interesse.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

§ 701. 1. OLG. 28 211 (Hamburg). In einem kleinen Wirtschaftsbetrieb, in dem nur zwei Kellner, zwei Zimmermädchen, eine Mamsell und ein Küchenmädchen vorhanden sind, ist der Kellner der Vertreter des Wirtes im Verkehr mit den Gästen, und wenn der eine nicht dem anderen untergeordnet wurde, müssen beide gleichmäßig als zur Entgegennahme von Sachen berechtigt angesehen werden. Eine Unterscheidung zwischen Ober-, Servier- und Zimmerkellner ist in derartigen Betrieben nach der Sachlage ausgeschlossen.

2. SeuffA. **69** 135 Nr. 75 (Kiel). Der Gastwirt haftet für das dem Hausdiener zum Transport nach dem Bahnhof übergebene Gepäck.

3. RheinA. **111** I. 123 (Cöln). Der Gastwirt hat den Wert der Sache auch dann zu ersetzen, wenn sie dem Gast nicht gehörte.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

§ 705. Kartelle. I. Rechtsgültigkeit der in den Lieferungsverträgen enthaltenen kartellrechtlichen Verpflichtungen. 1. Pinner, JW. **14** 171. Sowohl bei AG. wie bei GmbH. gilt die zwingende Vorschrift, daß alle gesellschaftlichen Verpflichtungen in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden müssen. Es fragt sich, wie trotz dieser Vorschrift derartige Verpflichtungen rechtswirksam auferlegt werden können. Die einfachste Lösung der Frage — nämlich die Aufnahme aller Verpflichtungen der Mitglieder in den Gesellschaftsvertrag, während in dem Lieferungsvertrage nur die Ausführungsbestimmungen im einzelnen enthalten wären — wird wegen der öffentlichen Bekanntmachung des dadurch auch jedem Konkurrenten zugänglichen Gesellschaftsvertrags dem wirtschaftlichen Interesse nicht gerecht, würde weiter aber auch (§ 276 HGB., § 53 Abs. 3 GmbHG.) jede Änderung des Vertrags sehr erschweren. Deshalb enthalten in der Regel die Gesellschaftsverträge der Kartelle über die eigentlichen Kartellverpflichtungen der Mitglieder entweder überhaupt nichts oder nur eine bedeutungslose Phrase, während die eigentlichen Kartellverpflichtungen in den Lieferungsverträgen enthalten sind. Ob diese in den Nebenverträgen enthaltenen Verpflichtungen rechtsverbindlich sind, hängt davon ab, ob sie gesellschaftlicher Natur sind oder nicht. Soweit das letztere der Fall ist, können die Verpflichtungen der Kartellmitglieder in den Nebenverträgen enthalten sein. Über den Begriff der gesellschaftlichen Verpflichtung ergibt die vor Einführung des § 212 HGB. ergangene Rechtsprechung des RG. reichhaltiges Material. Danach ist zu sagen: Gesellschaftsvertrag und Lieferungsvertrag (Nebenvertrag) sind juristisch zwei verschiedene Verträge, deren wirtschaftliche Zusammengehörigkeit nicht dazu führen darf, die formellen Vorschriften, die für den Gesellschaftsvertrag bestehen, zu beseitigen. Es ist demnach unzulässig, wesentliche Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags aus dem Lieferungsvertrage zu ergänzen, während bei der Formfreiheit des letzteren die Ergänzung des Willens der Beteiligten aus dem Gesellschaftsvertrage zulässig ist. Es ist also möglich, im Lieferungsvertrage zu bestimmen, daß dieser ohne weiteres endigt, wenn die juristische Person in Liquidation tritt, ferner, daß der im Lieferungsvertrage vorgesehene Vertreter oder Vorstand identisch ist mit dem Vorstande der juristischen Person, daß der Aufsichtsrat der letzteren auch den Beirat der im Lieferungsvertrage vereinigten Teilnehmer bildet, daß der gewöhnlich an die Genehmigung der Gesellschaft geknüpfte Verkauf der Aktien oder Geschäftsanteile auch das Ausscheiden aus dem Lieferungsvertrage zur Folge hat. Ebenso kann man auch bestimmen, daß die

Gesellschaft mit Endigung des Lieferungsvertrags in Liquidation tritt. Nicht aber kann im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, daß die Vorstandsmitglieder der vereinigten Lieferanten ohne weiteres Vorstand der juristischen Person sein müssen oder daß das Ausscheiden aus dem Lieferungsvertrag ohne weiteres das Ausscheiden aus der Gesellschaft zur Folge hat. Unbedingt nötig ist, daß die Pflichten und Rechte der Lieferungsverpflichteten in dem Lieferungsvertrage sowohl nach dem Umfange der Lieferungspflicht als auch in bezug auf die Vergütung genau bestimmt bzw. objektiv bestimmbar sind. Unzulässig ist es, die Vergütung derart zu bestimmen, daß sie lediglich von dem finanziellen Ergebnisse der Gesellschaft abhängt. Was die häufig im Lieferungsvertrage vereinbarten Strafen für Nicht- oder mangelhafte Erfüllung der Verträge anlangt, so steht, da der Lieferungsvertrag gewöhnlich in der Form der Gesellschaft des BGB. konstruiert wird und diese als solche nicht klagen kann, nichts im Wege, im Vertrag eine Person oder den Vorstand mit der Einklagung zu beauftragen. Zweifelhaft erscheint es, ob man bestimmen kann, daß die Strafen dem Vermögen der Gesellschaft und nicht dem Vermögen der durch den Lieferungsvertrag gebildeten Vereinigung zufließen. **RG. 79** 221 steht den vorstehenden Grundsätzen nicht entgegen.

2. *Giersberg, JW. **14** 512, wendet sich gegen die von Pinner (o. Ziff. I 1) vertretene und auf **RG. 21** 148 gestützte Ansicht, daß die Vergütung der in dem Nebenvertrage festgesetzten zu liefernden Produkte nicht lediglich von der finanziellen Lage der Verkaufsstelle abhängig sein dürfe und führt aus: „Bei Produzentenkartellen mit selbständiger Verkaufsstelle (AG. oder GmbH.) sind die in Nebenverträgen enthaltenen Verpflichtungen der Lieferung der Produktion der Kartellmitglieder an die Verkaufsstelle Beitrag im Sinne des § 705 BGB., sofern die Bezahlung dieser Lieferungen in Verteilung des Geschäftsgewinns der Verkaufsstelle besteht. Die frühere Rechtsprechung des RG. (**RG. 21** 148, **26** 91), daß die Verweisung auf den Geschäftsgewinn unzulässig sei, ist nicht mehr anwendbar, seitdem das RG. den Nebenvertrag als Gesellschaftsvertrag behandelt. Die Verkaufsstelle ist Vermögensträgerin des Kartells. Ihr fließen auch Vertragsstrafen der Kartellmitglieder zu. Dagegen sind Verluste und Gewinne, die die Verkaufsstelle außerhalb des Rahmens ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin des Kartells macht, davon ausgenommen. Durch Übertragung der Geschäftsführung an die Verkaufsstelle kann ermöglicht werden, daß die Organe der Verkaufsstelle, die von diesen zu wählen sind, die Geschäfte führen, ohne daß dem Kartell als solchem ein Wahlrecht bezüglich dieser Personen zusteht.

II. **RG.** BauersZ. **21** 208. Bilden die Lieferungsverträge nicht einen Bestandteil des Gesellschaftsvertrags, sondern sind die Lieferungsverpflichtungen außerhalb des Gesellschaftsvertrags völlig selbständig geregelt und den Gesellschaftern nicht als Verpflichtung gesellschaftlicher Art auferlegt, dann hat das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft auf seine Lieferungspflicht keinen Einfluß.

§ 707. RG. GruchotsBeitr. **58** 965, HoldheimsMSchr. **14** 152, LeipzZ. **14** 1020, BauersZ. **22** 82, R. **14** Nr. 1094. Eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, wonach die Gesellschafter sich im voraus Änderungen des Gesellschaftsvertrags unterwerfen, die sie zu größeren Leistungen verpflichten, ist gültig. § 707 ist nachgiebigen Rechtes. Die Ansicht, daß die Richtung der Abänderung in dem ursprünglichen Vertrage vorgezeichnet sein müsse, so daß nicht die Art, sondern nur das Maß der Änderung von der Mehrheit zu beschließen sei, findet im Gesetze keine Begründung. Nur darf sich der Beschluß natürlich nicht auf Dinge beziehen, die, wie Sonderrechte oder Fremdrechte eines Mitglieds, außerhalb der Zuständigkeit der Generalversammlung liegen. Er darf auch nicht gegen die guten

Sitten verstoßen, insbesondere nicht die Minderheit zugunsten eigennütziger Interessen der Mehrheit vergewaltigen. Sind aber diese Grenzen gewahrt, dann ist die Satzungsänderung gültig. Es kann sich dann höchstens darum handeln, ob ein dadurch geschädigtes Mitglied nach den besonderen Umständen des Falles das Recht hat, die Gesellschaft nach § 723 ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen.

§ 710. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 212. Durch ein Rechtsgeschäft eines vertretungsberechtigten Gesellschafters werden die Gesellschaft und die anderen Gesellschafter nicht verpflichtet, wenn bei diesem Rechtsgeschäfte der Gesellschafter bewußt zum Nachteile der Gesellschaft gehandelt und der andere Vertragsteil ihn wissentlich hierzu bestimmt hat (vgl. § 126 Ziff. 2 HGB.).

§ 711. Über das Widerspruchsrecht der Mitgesellschafter bei Kollektivvertretung vgl. § 115 HGB.

§ 713. Pflichten der Gesellschafter. 1. HansGZ. **14** Beibl. 209. Die Verpflichtung des § 112 HGB., wonach es dem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft verboten ist, in demselben Handelszweige Geschäfte zu machen, gilt nicht ohne weiteres für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes; es kommt vielmehr nur darauf an, ob die Wettbewerbstätigkeit die Erreichung des Gesellschaftszwecks vereitelt oder beeinträchtigt.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2256. Wenn der geschäftsführende Gesellschafter auf eine Schuld des Schuldners der Gesellschaft aus einem mit ihm abgeschlossenen Sondergeschäfte höhere Ratenzahlungen als ursprünglich vereinbart verlangt und bewilligt erhält, weil er über einen Anspruch der Gesellschaft gegen den Schuldner verfügt, so ist er nach §§ 713, 667 BGB. verpflichtet, das, was er durch diesen Akt der Geschäftsbesorgung erlangt hat, also den Betrag der Erhöhung der Raten aus dem Sondergeschäfte, an die Gesellschaft herauszugeben.

§ 716. Kontrollrecht der Gesellschafter. Ausübung durch Bevollmächtigte vgl. § 118 HGB.

§ 717. Unveräußerlichkeit der Ansprüche. 1. **RG.** R. **14** Nr. 762. Kaufen mehrere Personen ein Grundstück, um es in Baustellen aufzuteilen und unter sich den Erlös aus dem Verkaufe der Baustellen zu verteilen, so ist eine Abtretung der Rechte aus dem Kaufvertrage seitens eines Beteiligten an einen Dritten unwirksam.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1560. Eine Übertragung und darum auch eine Scheinübertragung des Gesellschaftsanteils eines Gesellschafters auf einen Dritten ist weder bei der Gesellschaft nach BGB. noch bei der oHG. denkbar; es kann sich nur um Ausscheiden des früheren und Eintritt eines neuen Gesellschafters handeln; eine Klage auf Feststellung, daß der scheinbar übertragene Gesellschaftsanteil noch dem früheren Gesellschafter zustehe, ist deshalb unbegründet.

§ 718. Gesellschaftsvermögen. *Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Teil I (s. § 741). Die gesamthänderischen Vermögensrechte stehen weder den Gesellschaftern „in ihrer Gesamtheit" zu (45 ff.), noch ihnen in ihrer Verbindung zu einer (womöglich gar rechts- und handlungsfähigen) kollektiven Personeneinheit (57 ff.); sondern es sind gemeinschaftliche Rechte derart, daß für die einzelnen Gesamthänder qualitativ gleichartige, relativ unselbständige, gegenständliche Rechtsanteile ausgeschieden werden (102 ff.), deren gegenseitige Beziehung und deren Zusammenschluß zu dem einen (gemeinschaftlichen) Rechte durch eine innere Gemeinschaftsordnung vermittelt werden, welche ihrerseits sich als eine Teilwirkung des umfassenderen grundlegenden Gesellschaftsverhältnisses (bzw. bei den anderen Fällen der Gesamthand entsprechend: familienrechtlichen, erbrechtlichen Rechtsverhältnisses) darstellt (156 ff., 185 ff.). Die Unverfügbarkeit der Anteile ergibt sich unmittelbar aus dem eigenartigen Typus der inneren Gemeinschaftsordnung

(191 ff.) und ist nicht lediglich „positive Schutzbestimmung" (gegen Saenger, Gemeinschaft und Rechtsteilung 57, 58). Diese Auffassung der Gesamthandrechte steht also im Gegensatze zu der Auffassung der sog. geteilten Mitberechtigung (insbes. Joerges, Pringsheim), welche die abstrakte Quote als den Maßstab der Beanteiligung nimmt (226 ff.) und einen Einfluß der Gesamthandidee auf die „gegenstandsrechtliche Zuständigkeit" leugnet; sie berührt sich mit der Lehre Sohms von den „personenrechtlichen Anteilen", insofern diese, trotz ihres Namens, in Wahrheit doch wohl sachenrechtlichen, gegenstandsrechtlichen Gehalt haben, und die Bezeichnung wohl in erster Linie den eigentümlichen Charakter des Maßstabs der Beanteiligung ausdrücken will.

§ 719. 1. **RG.** R. **14** Nr. 613. Aus dem Bestehen einer Verwertungsgesellschaft bezüglich eines Grundstücks können die Gesellschafter keinen Anspruch auf Übertragung von Brucheigentum gegen den allein eingetragenen Geschäftsführer herleiten. Die Aufhebung der Gemeinschaft bezüglich eines solchen Grundstücks findet durch Klage gegen den allein Eingetragenen auf Auflassung zur Gesamthand ihre einleitende Grundlage.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2649, 2650. Hat ein Gesellschafter nicht in dieser Eigenschaft, sondern als Dritter der Gesellschaft Darlehen gegeben, so kann er die Gesellschafter dafür persönlich in Anspruch nehmen, jedoch unter Abzug des auf ihn als Mitgesellschafter entfallenden Teilbetrags. Vgl. auch R. **14** Nr. 3033 (Hamburg), das nur die Klage gegen die Gesellschaft gewährt (abgedr. bei § 128 Ziff. 3 HGB.).

Anhang. Steuern. Stempel und Gebühren. Gebührenberechnung bei Erwerb eines Gesellschaftsgrundstücks durch einen Gesellschafter. Eßlinger, BayRpflZ. **14** 61, vgl. HGB. Anhang nach § 160.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

§ 741. *Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft. Teil I: Grundlegung (Berlin 1914). Die üblichen Auffassungen der gesamthänderischen und der regelmäßigen oder schlichten Rechtsgemeinschaft (nach Bruchteilen) schaffen einen übertriebenen Gegensatz zwischen diesen beiden Gemeinschaftsgrundformen unseres heutigen Rechtes; sie führen letzten Endes zu einer Verneinung des einheitlichen Oberbegriffs der „Rechtsgemeinschaft" (gesetzlicher Ausdruck des § 59 ZPO., der Stempelsteuer- und Kostengesetze) und zur Leugnung jeder wahren Rechtsgemeinsamkeit überhaupt. Denn die herrschende Gesamthandlehre Gierkes gelangt in der Annahme einer rechtsfähigen kollektiven Einheit als der Trägerin des Gesamthandvermögens zum Gedanken eines Rechtssubjekts im potentiellen Sinne; die herrschende Rechtsgeteiltheitslehre beim Miteigentum und der regelmäßigen Rechtsgemeinschaft ersetzt, indem sie das „gemeinschaftliche" Recht in eine Mehrheit von selbständigen Einzelrechten (Teilrechten) am selben Objekt auflöst, im Grunde die „Rechtsgemeinschaft" durch eine „Gegenstandsgemeinschaft" (1 ff.). — Ausgehend von § 741 BGB. als der für alle materiell-rechtlichen Rechtsgemeinschaften grundlegenden Vorschrift, müssen wir das Wesen aller Rechtsgemeinschaft erkennen aus der Bestimmung der besonderen rechtlichen Wirkungen einer eigenartigen subjektiven Bezogenheit („Zuständigkeit") eines Rechtsinhalts: neben die (normale) einheitliche Zuständigkeit — Alleinrecht — tritt die mehrheitliche Zuständigkeit eines Rechtsinhalts — gemeinschaftliches Recht. Die durch die Verschiedenartigkeit der Zuständigkeit vermittelte rechtliche Struktur desselben Rechtsinhalts erscheint unter dem Gedanken der „Zuständigkeitsform" eines subjektiven Rechtes (Rechtsinhalts); es gilt der Satz von der „Konstanz des potentiellen Gehalts eines Rechtes bei Wechsel der Zuständigkeitsformen", der zugleich das Problem der Rechtsgemeinschaft umschreibt. Die für verschiedene Typen von

Gemeinschaft (insbes. die Gesamthandrechte) beliebte Auffassung einer Zuständigkeit des Rechtes an die „Gesamtheit als solche" ist darum eine rechtlich unzulängliche Erklärung und noch keine konstruktive Lösung, da sie nicht mehr besagt als den Satz von der Konstanz (45 ff.). Die Auffassung einer Zuständigkeit des gemeinschaftlichen Rechtes an eine (kollektive) Personen e i n h e i t aber ist geradezu fehlerhaft, weil damit der Gedanke eines Rechtssubjekts im potentiellen Sinne („Person") in die mehrheitliche Zuständigkeit eingeführt und so der Gegensatz von Rechtsgemeinschaft und juristischer Person und von Rechtssubjekt im potentiellen und im aktuellen Sinne verwischt wird (57 ff., 75 ff., 314 ff.). — Vielmehr fordert der Begriff der „Rechtsgemeinschaft" (als einer Form mehrheitlicher Zuständigkeit von Rechtsinhalten) als sein notwendiges Korrelat den Begriff des „R e c h t s a n t e i l s" im Sinne einer innerhalb eines gemeinsamen Rechtskreises dem einzelnen Gemeinschafter zugewiesenen gegenstandsrechtlichen Rechtsstellung (102 ff.). Diese einander qualitativ gleichen Anteile sind aber nicht gewöhnliche subjektive Einzelrechte mit selbständigem (insbes. gesetzestypischem) Rechtsinhalte, sondern sind als Bestandteile der einen Zuständigkeitsform aufzufassen; sie werden durch eine besondere rechtliche Synthese zu einem „S y s t e m v o n R e c h t s a n t e i l e n" zusammengeschlossen (124 ff., 156 ff.). Die volle Erkenntnis des Wesens einer Rechtsgemeinschaft wird daher nicht schon durch den Gedanken des Rechtsanteils oder Teilrechts vermittelt, sondern erst durch die nähere Betrachtung jener besonderen rechtlichen Synthese — der „inneren Gemeinschaftsordnung" — und durch die Verschmelzung beider Gedankenrichtungen. Diese innere Ordnung, als eine Gesamtheit rechtlicher Innenwirkungen und Innenbeziehungen, ist nicht lediglich ein mit den gegenständlichen Rechtsstellungen in Verbindung stehendes Rechtsverhältnis (etwa ein „einzelnes Schuldverhältnis") zwischen den mehreren Mitberechtigten, das diese in lediglich „interindividuelle" Beziehungen setzte; sondern sie ist einerseits organischer Bestandteil des ganzen gemeinschaftlichen Rechtes (insbes. eine nähere Ausgestaltung der sog. positiven Seite des absoluten Vermögensrechts, bzw. eine notwendige Ergänzung dieser positiven Seite), andererseits derjenige Faktor, der die Rechtsanteile ihrem gesamten rechtlichen Gehalte nach bestimmt (162 ff.). Sie involviert eine gegenstandsrechtliche Bestimmungsfreiheit der Gemeinschafter über die innere oder positive Seite der gemeinschaftlichen absoluten Vermögensrechte und schafft, über reine Ausübungsregelungen von (an sich selbständigen) Teilbefugnissen hinaus, eine nähere inhaltliche Bestimmung und wesentliche Vervollständigung der gegenständlichen rechtlichen Machtstellungen der Gemeinschafter, wie sie durch die anteilige Zuständigkeit des Rechtsinhalts zunächst vermittelt und gegeben sind (202 ff.). Die aus der konkreten inneren Ordnung sich für den einzelnen Anteilsberechtigten ergebenden Befugnisse und Ansprüche gegen seine Mitgenossen sind damit Bestandteile seiner gesamten Rechtsstellung und gegenständlicher, nicht obligatorischer Natur (insbes. Befugnisse zum Mitgebrauche, zur Teilnahme am Fruchtertrag, an der Verwaltung, das Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft), es sind „i n n e r e g e g e n s t ä n d l i c h e B e f u g n i s s e" (209 f.); und die rechtsgeschäftlich eingeführten „Bestimmungen" (§§ 745 f., 749 f., 2038 Abs. 2 Satz 1, 2042 Abs. 2, 2044 Abs. 1 Satz 2) sind nicht Belastungen, sondern nähere rechtliche Ausgestaltungen des Inhalts der Anteilrechte und ergeben e i g e n a r t i g e g e g e n s t ä n d l i c h e H e r r s c h a f t s b e f u g n i s s e (211 ff.). Der einzelne Rechtsanteil ist daher eine eigenartige (selbst bei freier Verfügbarkeit) relativ unselbständige, durch die jeweilige innere Gemeinschaftsordnung rechtlich gefärbte Rechtsstellung; eine Rechtsposition, die nicht in gleichem Sinne „ein subjektives Recht" ist, als das entsprechende Ganzrecht, und die jedenfalls, isoliert betrachtet, in eine besondere Kategorie subjektiver Rechtspositionen gestellt werden muß (216 ff., 288). Nur bei solcher Auffassung ergibt sich eine zutreffende Abgrenzung der Regelform der Rechtsgemeinschaft (Bruchteilsgemeinschaft) von

dem in selbständige Einzelrechte zerfallenden („reell" geteilten) Rechte, von der Rechtekollision, vom Verhältnisse des Mutterrechts zum Tochterrechte, von dem Falle des § 1025 BGB. und ähnlichem mehr (112 ff., 124 ff., 333 ff.). — Das Differenzierungsmerkmal für die beiden Hauptarten der Rechtsgemeinschaft ist also nicht die Bildung oder Nichtbildung von gegenständlichen Rechtsanteilen, sondern liegt in der Verschiedenheit der inneren Gemeinschaftsordnung und in der dadurch vermittelten Wesensverschiedenheit der Rechtsanteile. Eine grundlegende und für den Charakter der Gemeinschaftsform maßgebende Eigenschaft wird namentlich bereits durch den Gesamttypus der inneren Ordnung gegeben: bei der regelmäßigen Rechtsgemeinschaft schafft die von jedem Grundverhältnis abstrahierende, unabhängige, dem einzelnen subjektiven Rechte eigentümliche, auf die einzelne Rechtsgemeinschaft zugeschnittene innere Ordnung Verfügbarkeit, bei dem gesamthänderischen Rechte schafft die in dauernder Abhängigkeit von einem schuldrechtlichen, familienrechtlichen, erbrechtlichen Grundverhältnisse stehende, als dessen Teilwirkung sich darstellende innere Ordnung Unverfügbarkeit des Anteils (182 ff., 217). Die Geschlossenheit des gemeinsamen Rechtskreises trotz seiner inneren gegenständlichen Gliederung zeigt sich bei beiden Hauptformen der Rechtsgemeinschaft darin, daß den besonderen, die Gemeinschafter selbst und ihre Rechtsnachfolger bindenden Regelungen und Bestimmungen (§§ 745 f., 1010, 2038 Abs. 2) im Verhältnisse zu dritten Nichtgemeinschaftern keine rechtliche Bedeutung zukommt; sie zeigt sich ferner in den Vorschriften der §§ 1011, 2039, die nicht singuläre Normen, sondern der Ausdruck eines allgemeinen, für alle Rechtsgemeinschaften geltenden Rechtsgrundsatzes sind (162 ff.). — Folgt danach die nähere rechtliche Bestimmung des rechtlichen Inhalts der Anteile nicht schon aus den Wirkungen der Anteilsbildung überhaupt, sondern immer erst aus der „inneren Gemeinschaftsordnung", so ist die übliche Auffassung abzulehnen, die Rechtsanteil und Quotenrecht (Rechtsquote) identifiziert und die Fixierung einer quantitativen Relation für notwendig erklärt. Vielmehr ist eine solche quantitative Relation, soweit sie als wirtschaftliches Wertverhältnis aufgefaßt ist, im Bereiche rechtlicher Betrachtung unbeachtlich; soweit (namentlich auch bei der Auffassung der Gesamthandrechte im Sinne der sog. geteilten Mitberechtigung) für eine wahre rechtliche Bestimmtheit des Anteils die Notwendigkeit einer rechnerischen (bruchteilmäßigen) Bestimmung der Anteile und ihres Verhältnisses zum Ganzrechte behauptet wird, ist dies rechtsdogmatisch unrichtig und bedeutet namentlich bei der Gesamthandgemeinschaft eine völlige Verkennung des den einzelnen Rechtsanteil gestaltenden und inhaltlich bestimmenden Moments und eine Verkennung der Bedeutung des grundlegenden Rechtsverhältnisses für die innere Ordnung der Gesamthandrechte (226 ff.). Praktisch und konstruktiv wichtig ist dagegen die Frage nach der qualitativen Relation von Rechtsanteil und Ganzrecht; eine rechtsdogmatisch wertvolle Bestimmung dieser Relation, die sich als Gleichheit, Ähnlichkeit oder Verschiedenheit darstellen kann, verlangt aber für die einzelne Kategorie subjektiver Rechte eine vorgängige, von dem typischen Rechtsinhalte dieser einzelnen Rechtskategorie ausgehende kritische Betrachtung der brauchbaren Vergleichungsmerkmale und eine Abgrenzung der Gleichheits-, Ähnlichkeits- und Verschiedenheitsmerkmale (264 ff.). — Der allgemeine materiellrechtliche Begriff der „Rechtsgemeinschaft" läßt sich danach dahin bestimmen: „Rechtsgemeinschaft" (gemeinschaftliches Recht) bedeutet eine Zuständigkeitsform eines Rechtsinhalts, bei welcher mehrere (relativ) unselbständige gleichartige Rechtspositionen („Anteile") durch eine innere Ordnung zu einem Systeme von Rechtsanteilen zusammengeschlossen werden (293).

§ 745. 1. *Engländer, Rechtsgemeinschaft I (s. § 741). Die rechtlichen Wirkungen der im einzelnen gemeinschaftlichen Rechte wirksamen inneren Ordnung

reichen nicht über das interne Verhältnis hinaus, sind insbesondere für und gegen den dem Rechte entgegentretenden Dritten (bzw. den einzelnen Schuldner eines gemeinschaftlichen Forderungsrechts) nicht vorhanden. Im Verhältnisse zu einem solchen Rechtsgegner kommt daher nicht nur der inneren gegenständlichen Gliederung des gemeinsamen Rechtskreises, sondern namentlich auch den besonderen, die Gemeinschafter selbst und ihre Rechtsnachfolger bindenden Regelungen und Bestimmungen (vgl. namentlich §§ 745 f., 1010) eine rechtliche Bedeutung nicht zu; die besondere positivrechtliche bzw. rechtsgeschäftliche Ausgestaltung des gemeinsamen Rechtskreises im Innern geht die Dritten grundsätzlich nichts an (164 f.).

2. *Engländer, Rechtsgemeinschaft I (s. § 741). Soll bei nur zwei Mitberechtigten mit verschieden „großen" Anteilen die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes geregelt werden, so ist nur eine gütliche Vereinbarung oder aber die Klage aus § 745 Abs. 2 statthaft. Dagegen ist die Auffassung (Staudinger, Cosack, RGRKomm.) abzulehnen, daß in diesem Falle gemäß § 745 Abs. 1 dem einen der Teilnehmer „von vornherein die Stimmenmehrheit .... und die hieraus fließende Machtbefugnis" (Staudinger) zukomme (wird näher begründet). Es entfällt also in solchem Falle die Möglichkeit eines Mehrheitsbeschlusses und die Anwendbarkeit des § 745 Abs. 1 überhaupt.

§ 753. *Rücker, BoschersZ. **14** 296. Auch die Vorschriften der §§ 1243, 1244 BGB. finden Anwendung.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

§ 759. RG. WarnE. **14** 243, R. 14 Nr. 2407. Verpflichten sich mehrere Geschwister gegenseitig, ihrer Mutter mit Rücksicht auf deren Bedürftigkeit jedes monatlich 50 M. zu zahlen, so enthält dieser Vertrag zugunsten eines Dritten kein formbedürftiges Rentenversprechen im Sinne des § 759 BGB. Die mündliche Vereinbarung genügt zur Entstehung des Anspruchs der Mutter gegen jedes der Kinder.

Siebzehnter Titel. Spiel. Wette.

Vorbemerkung: Wegen der börsenrechtlichen Fragen, insbesondere wegen des Börsentermingeschäfts, siehe unten Börsengesetz.

Literatur: Froeschmann, Fragen aus dem Lotterierechte, JW. **14** 1064—1068. — Jacobson, Spiel und Spekulation, BankA. **13** 156. — Koffka, Der Rennwettgesetzentwurf, DJZ. **14** 531 ff. — Müller, Das bayerische Lotteriespielgesetz vom 11. Oktober 1912, SeuffBl. **13** 30—33, 58—62. — Rönnberg, Zulässigkeit und praktische Bedeutung des Aufgebotsverfahrens bei Verlust von Lotterielosen, GoldschmidtsZ. **70** 219—265. — Schöndorf, Über den Entwurf einer Novelle zum ÖstABGB., ABürgR. **39** (1913) 218—221. — Warschauer, Lotteriestudien. Berlin 1912.

§ 762. I. Begriff des Spiels. Jacobson, BankA. **13** 156. Spiel und Spekulation sind durchaus verschiedene Begriffe. Wie sie aber von v. Speyr — JDR. **12** § 762 Nr. 1 — differenziert werden, ist unberechtigt. Spekulieren ist ein wirtschaftlicher Begriff, während das Spiel zu den Rechtsgeschäften des bürgerlichen Rechtes gehört. Börsenspiel im Rechtssinne gibt es aber nicht; vgl. hierzu **RG.** BankA. **1** 119, **10** 303 und Neukamp, BankA. **6** 85.

II. Darlehen zu Spielzwecken. 1. **RG.** JW. **14** 296 Nr. 3, Bay. RpflZ. **14** 148, R. **14** Nr. 480. Darlehen, die ein Dritter zu Spielzwecken gibt, können gegen die guten Sitten verstoßen. (Kassierer eines Spielklubs als Darlehnsgeber.)

2. Schöndorf, ABürgR. **39** 218—221, wendet sich gegen die Bestimmung des Entwurfes einer Novelle zum ÖstAGBB. „Ein zum Zwecke eines verbotenen Spieles gegebenes Darlehen kann nicht zurückgefordert werden."

III. 1. Wette, Auslobung oder Werkvertrag? BadRpr. **14** 153 (LG. Karlsruhe). Betrifft die öffentliche Bekanntmachung eines Athleten, er zahle jedem, der ihm seine Leistung nachmache, 1000 M. in bar.

2. Der Rennwettgesetzentwurf. Koffka, DJZ. **14** 531 ff. (534),

bespricht zustimmend den dem Bundesrat zugegangenen Entwurf, welcher bestimmt, daß der Unternehmer des Totalisators und der Buchmacher dem Wettenden über die Wette eine Urkunde (Wettschein) zu erteilen haben, daß nach Aushändigung der Urkunde die Wette für den Unternehmer des Totalisators und den Buchmacher verbindlich ist, und daß im übrigen § 762 BGB. unberührt bleibt. Es wird also eine besondere gesetzliche Form für Entstehung der privatrechtlichen Verbindlichkeit eingeführt, dergestalt, daß, solange diese Form nicht gewahrt ist, eine Verbindlichkeit zur Auszahlung des Wettbetrags nicht entsteht. Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs ist die Einführung einer solchen erschwerten Form nur erwünscht.

§ 763. Literatur: Siehe vor § 762.

I. Der Lotterievertrag. **RG.** LeipzZ. **14** 71 verneint das Zustandekommen eines Lotterievertrags. Bedeutung der Übersendung eines Loses vor der Ziehung zum Zwecke des Ankaufs. Verhindern des Zugehens der vom Losverkäufer bereits an den Vertragsgegner abgesandten Nachnahmekarte durch den Verkäufer.

II. Die Lotterielose. 1. a) **RG.** JW. **12** 861. Lotterielose haben in der Regel den Charakter von Inhaberpapieren (§§ 793 ff.). **b)** Vgl. hierzu Rönnberg, GoldschmidtsZ. **70** 234 ff.

2. Schuldner der Gewinne. a) Froeschmann, JW. **14** 1068. An und für sich hat die Vorlegung des Loses gegenüber dem Aussteller — dem Veranstalter der Lotterie — zu erfolgen. Ebenso ist er an sich Schuldner der Gewinne. Hat er aber einem Dritten — dem Generaldebiteur — die gesamte Abwickelung der Lotterie, alle mit ihrer Durchführung verbundenen Lasten und Kosten, insbesondere auch die Auszahlung der Gewinne, gegen eine mit dem Dritten zu verrechnende Vergütung übertragen und in den Verlosungsbestimmungen darauf hingewiesen, daß die Tilgung der Gewinnschulden des Ausstellers durch den Dritten erfolgen solle, so ist auch der Dritte Schuldner der Gewinne. **b)** Vgl. hierzu abweichend Rönnberg, GoldschmidtsZ. **70** 223.

3. Die Vorlegungsfrist. a) **RG.** JW. **12** 861. Die in einem Lose angegebene Frist von 6 Monaten für die Abhebung der Gewinne ist eine gemäß § 801 Abs. 3 in zulässiger Weise abgekürzte Vorlegungsfrist, keine Präklusivfrist. Vgl. hierzu **b)** abweichend Rönnberg, GoldschmidtsZ. **70** 249 ff.; **c)** zustimmend Froeschmann, JW. **14** 1067 (jedoch gegen die gleichzeitige Qualifizierung der Frist als Verjährungsfrist).

4. Die Zahlungssperre. a) **RG.** JW. **12** 861. Durch die auf einem Lose abgedruckte Bestimmung, daß aus Losen, welche innerhalb einer bestimmten Frist nicht vorgezeigt und geltend gemacht werden, keinerlei Anspruch mehr erhoben werden könne, wird die Anwendung des § 802 nicht ausgeschlossen. In dieser Fristfestsetzung seitens eines Lotterieunternehmers ist nicht der Ausdruck seines Willens zu finden, daß die Frist unter allen Umständen innegehalten werden müsse und nicht durch eine etwaige Zahlungssperre gemäß § 802 in ihrem Beginn oder Laufe gehemmt werden dürfe. Ein derartiger Wille hätte klar und deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Vgl. hierzu **b)** abweichend Rönnberg, GoldschmidtsZ. **70** 244 ff.; **c)** zustimmend Froeschmann, JW. **14** 1067.

III. Geschichtliches. Warschauer, Lotteriestudien, gibt eine Entwicklungsgeschichte der Zahlenlotterie, der Quinenlotterie, der Güterlotterie und der Klassenlotterie in Preußen.

IV. Strafrechtliches. Müller, Das bayerische Lotteriespielgesetz vom 11. Oktober 1912, SeuffBl. **13** 30—33, 58—62.

§ 764. 1. Der Begrif des Differenzgeschäfts. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch [2], III. 356 Anhang I Anm. 4. Geschäfte, die der Begriffsbestimmung des § 764 genau entsprechen, kommen im wirtschaftlichen Leben überhaupt nicht vor, und umgekehrt alle diejenigen Geschäfte, denen die

Rechtsprechung vor 1900 und nach 1900 die Klagbarkeit abgesprochen hat, weil sie „Differenzgeschäfte" seien, werden durch die Begriffsbestimmung überhaupt nicht gedeckt. Der Fehler liegt in dem Erfordernis des Börsenpreises zur Lieferungszeit.

2. Kurswette und Börsentermingeschäft. Göppert, Über das Börsentermingeschäft in Wertpapieren (Berlin 1914) 24 ff. Der Text des § 764 beruht auf der Theorie von der Verschiedenheit des objektiven Tatbestandes von Kauf und Spiel. Das ist bei der Auslegung zu berücksichtigen. Diesem Gesichtspunkt kann nur durch Rückkehr zu einer wortgemäßen Auslegung entsprochen werden. Nach diesem Wortlaut handelt es sich um die einfache Kurswette, bei der die Parteien gegeneinander wetten und der Kursstand zur vereinbarten Lieferungszeit, also zu einem im voraus fest bestimmten Zeitpunkte, darüber entscheidet, wer der „gewinnende" und wer der „verlierende" Teil ist. — Nur dieser einfachen Kurswette haftet ohne weiteres der Charakter des wirtschaftlich Zwecklosen an. Sie ist in der Tat nach ihren objektiven Tatbestandsmerkmalen wirtschaftlich zwecklos, so daß sie der Gesetzgeber, wie es im § 764 BGB. geschieht, ohne Rücksicht auf die sonstigen Umstände des Falles als Spiel behandeln durfte. — Die Auslegung des § 764 darf aber nicht zu der Auffassung führen, daß, wenn der Charakter des Effektivgeschäfts entfällt, nur der Charakter des Differenzgeschäfts bleibt. Wer gegen Termingeschäfte durch Preisschwankungen Deckung sucht, spielt nicht. Keinesfalls kann die bloße Tatsache, daß in dem ganzen Geschäftsverkehr der Parteien die Engagements stets durch ein Gegengeschäft abgewickelt worden sind, die Vermutung der wirtschaftlichen Berechtigung widerlegen. — Vgl. auch unten Börsengesetz vor § 50 B I 16, II, III.

3. **RG.** BankA. **13** 102. Die Feststellung der Spielabsicht des einen Teiles und deren Kenntnis seitens des anderen Teiles kann auch aus früheren Geschäften und aus der Fortsetzung der Geschäftsverbindung hergeleitet werden

4. **RG.** BankA. **13** 224. Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Differenzgeschäfts liegt dem Kunden, nicht dem Bankier ob.

5. **RG.** BankA. **13** 224, R. **14** Nr. 1260. Wenn das zweite Geschäft, wirtschaftlich betrachtet, nur die Fortsetzung des ersten Geschäfts und dieses kein Differenzgeschäft ist, so bedarf es besonderer Gründe, um festzustellen, daß man von dem ernst gemeinten Lieferungsgeschäft zum Spiel übergegangen sei. Die Tatsache der Prolongation an sich beweist dies nicht.

6. Börsenspiel. Vgl. § 762 I.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Literatur: Stillschweig, Die Ausbietungsgarantie, JW. **14** 334.

§ 765. 1. **RG.** WarnE. **14** 72. Die Übernahme der Haftung für die „Bonität" der abgetretenen Hypothekenforderung ist nicht Bürgschaft, sondern Garantieversprechen.

2. **RG.** WarnE. **14** 257. Die einer Einzelfirma gegenüber übernommene Kreditbürgschaft gilt nicht ohne weiteres als auch der offenen Handelsgesellschaft gegenüber eingegangen, auf die jene Firma übergegangen ist.

3. LeipzZ. **14** 965 (Hamm). Die Klausel, die Bürgschaft werde bis zur Höhe von 5000 M. zuzüglich anteiliger Zinsen, Provisionen und Kosten übernommen, ist so zu verstehen, daß der Bürge nach der Urkunde, wenn ein den Betrag von 5000 M. übersteigender Schlußsaldo in Frage steht, für 5000 M. und anteilig für Zinsen usw. haftet, — nicht aber für die ganze vorhergehende Zeit, sondern nur, soweit im Schlußsaldo anteilige Zinsen für die letzte Rechnungsperiode enthalten sind, also aus der Zeit vom 1. Juli 1912 bis zum 1. Januar 1913. Man käme sonst zu dem überaus unbilligen Ergebnisse, daß der Bürge, der in der Hauptsache doch nur für 5000 M. haften wollte, unter Umständen für eine diesen Hauptbetrag weit übersteigende

Zinsen-, also Nebenforderung haften müßte, wenn z. B. nach 10- oder 20jähriger ungestörter Geschäftsverbindung der Hauptschuldner in Vermögensverfall geriete.

4. **RG.** R. **14** Nr. 34. Eine Zahlung des Bürgen ist auf dessen Bürgschaftsschuld anzurechnen, auch wenn der Bürge mit Mitteln des Hauptschuldners die Zahlung bewirkt und er nur für einen Teil der Hauptschuld gebürgt hat.

5. **RG.** R. **14** Nr. 913. Die Verbürgung für ein bares Darlehn ist nicht ohne weiteres schon deshalb unwirksam, weil ein unbedeutender Teil des Geldes nicht bar gegeben, sondern verrechnet wurde.

§ 766. OLG. **28** 222 (Hamburg). Gegenüber einer unbeschränkten schriftlichen Bürgschaftsübernahme sind mündliche Einschränkungen jedenfalls dann unbeachtlich, wenn sie nur dem Schuldner erklärt sind.

§ 767. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1128, R. **14** Nr. 1262. Die zwischen Gläubiger und Hauptschuldner vereinbarte Verfallklausel gilt auch für die Verpflichtung des Bürgen.

2. OLG. **28** 223, HansGZ. **14** Beibl. 40 (Hamburg). Kommt der Bürge der Bürgschaftsverpflichtung nicht rechtzeitig nach, so haftet er auch über den Bürgschaftsbetrag hinaus für Verzugszinsen und Prozeßkosten.

3. Abs. 2. KGBl. **14** 76 (KG.). Die Frage, ob zu den Kosten der Rechtsverfolgung im Sinne des § 767 Abs. 2 BGB. auch die Kosten eines vom Gläubiger geführten Interventionsprozesses gehören, ist nicht grundsätzlich zu verneinen, sondern ihre Beantwortung ist von der Lage des einzelnen Falles abhängig zu machen.

§ 768. 1. SeuffA. **69** 193 Nr. 102 (Dresden). Der Verzicht des Hauptschuldners auf die Aufrechnung wirkt auch zuungunsten des Bürgen.

2. **RG.** SeuffA. **69** 95 Nr. 51. Ob der Bürge trotz außergerichtlichen Vergleichs des Gläubigers mit dem Hauptschuldner weiter haftet, richtet sich nach der Abmachung oder nach Handelsgebrauch.

§ 773. v. Harder, JW. **14** 876. Der Gläubiger kann sich gegenüber der Einrede der Vorausklage auf die Kriegsteilnehmereigenschaft des Schuldners berufen. Soweit der Kriegsteilnehmerschutz reicht, ist die Einrede ausgeschlossen; aM. Lesser, das. 847, Bendix, das. 1113.

§ 774. 1. **RG.** **83** 342, JW. **14** 190 Nr. 6, R. **14** Nr. 342. Hauptschuldner ist der Dritte, dessen Schuld durch die Bürgschaft des Vor- und des Nachbürgen gesichert werden soll, nicht der Vorbürge.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 968, R. **14** Nr. 2864. Die Ausgleichung zwischen Mitbürgen, die als Gesellschafter einer GmbH. in deren Angelegenheiten sich verbürgt hatten, bestimmt sich nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile.

3. SeuffA. **69** 136 Nr. 76 (Frankfurt). Der Ausgleichungsanspruch des Mitbürgen ist zu berechnen nach der Hauptschuld zur Zeit seiner Inanspruchnahme.

4. **RG.** JW. **14** 78 Nr. 10. Die Zahlung einer Bürgschaftsschuld durch den Bürgen mit Mitteln des Hauptschuldners tilgt die Bürgschaftsschuld.

5. **RG.** R. **14** Nr. 616. Der Einwand aus § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. steht im Konkurse des Hauptschuldners dem Konkursverwalter nur dann zu, wenn der Bürge die Teilzahlung nach der Konkurseröffnung gemacht hat. Ist dagegen die Teilzahlung schon vor dem Konkurs erfolgt, so würde der Einwand zu Unbilligkeiten führen, es sei denn, daß lediglich eine Ausfallbürgschaft in Frage steht.

6. **RG.** **83** 401, JW. **14** 350 Nr. 4. Trotz der Vorschrift des § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB. ist die Forderungsanmeldung des Bürgen, der den Gläubiger vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners zum Teil bezahlt hat, zum Konkurse zuzulassen.

7. **RG.** JW. **14** 924 Nr. 14, R. **14** Nr. 1831. Zu § 774 Abs. 1 Satz 3 BGB.

§ 775. OLG. **28** 227, LeipzZ. **14** 594 Nr. 2 (Cöln). Ist der Bürge auf Grund seines Vertrags mit dem Gläubiger zur Kündigung der Bürgschaft berechtigt, so kann er auch gegen den Hauptschuldner auf Befreiung klagen.

§ 776. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 971. Die sog. Ausbietungsgarantie-Übernahme ist keine Bürgschaft, auch keine Ausfallsbürgschaft, sondern ein Garantievertrag.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2870. Eine allgemeine Sorgfaltspflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen ist mangels Vereinbarung nicht begründet (**RG. 65** 134).

3. *Stillschweig, Die Ausbietungsgarantie, JW. **14** 334 ff. Die Ausbietungsgarantie (AG.) fällt unter den allgemeinen Begriff des Garantievertrags; sie ist streng akzessorisch, ein Nebenrecht der durch sie gesicherten Hypothekenforderung, abhängig vom Bestande der Forderung und der Hypothek. Trotz ihrer Akzessorietät ist sie aber keine Bürgschaft. Sie tritt in der Praxis in folgenden Grundformen auf: a) als Teil einer anderen Verpflichtung: die AG. beim Verkauf einer Hypothek; b) als selbständige Verpflichtung, und zwar 1. als einseitiger Vertrag, in ähnlicher Funktion wie die Bürgschaft, 2. als gegenseitiger Vertrag; Hauptfall ist das sog. Bietungsabkommen bei schwebender oder drohender Zwangsversteigerung; irgend jemand verpflichtet sich, die Hypothek auszubieten, gegen die Verpflichtung des Gläubigers, sie für längere Zeit zu stunden. Die AG. ist entweder Ausfallsgarantie, d. h. sie tritt nur in Funktion, wenn es gilt, einen Ausfall zu verhüten (also z. B. nicht, wenn die Hypothek im geringsten Gebote liegt oder wenn überhaupt kein Gebot abgegeben wird) oder Ausbietungspflicht, d. h. es ist unter allen Umständen ein ausreichendes Gebot abzugeben (z. B. auch dann, wenn mangels eines anderen Gebots das Verfahren sonst ruhen würde). Ersteres wird im Zweifel in den Fällen a und b 1, letzteres im Falle b 2 anzunehmen sein. Aber auch die positive Ausbietungspflicht tritt nur ein, wenn sie durch ein Gebot erfüllt werden kann, durch das eine später rangierende Post keine Deckung findet, d. h. sie tritt nicht ein, wenn die gesicherte Hypothek im geringsten Gebote liegt und ihr noch eine ebenfalls im geringsten Gebote liegende Post folgt. Die Frage, wann die AG. erfüllt und der Garant befreit ist, ist verschieden zu beantworten, je nachdem er selbst oder ein Dritter ein ausreichendes zum Zuschlage führendes Gebot abgegeben hat. Im ersteren Falle gilt die AG., soweit der Gläubiger Barzahlung beanspruchen kann, wegen der weitergehenden persönlichen Zahlungspflicht des meistbietenden Garanten als erloschen; soweit die gesicherte Hypothek im geringsten Gebote liegt, wird die AG. aus gleichem Grunde dann erlöschen, wenn der Ersteher nach Vertrag oder Gesetz (§ 53 ZVG.) persönlich haftet; anderenfalls bleibt sie bestehen; bei dem Ausbietungsabkommen im Falle b 2 erlischt sie auch, wenn der Ersteher nicht persönlich haftet. Unter allen Umständen bleibt sie für das Wiederversteigerungsverfahren (§ 133 ZVG.) bestehen. — Hat ein Dritter ein ausreichendes Gebot abgegeben und den Zuschlag erhalten, so ist der Garant noch keineswegs befreit, sondern erst dann, wenn der Ersteher das Gebot erfüllt hat; soweit hier der Gläubiger Befriedigung aus dem Bargebote zu beanspruchen hat, findet § 118 Abs. 2 ZVG. Anwendung. Die AG. bleibt hiernach z. B. bestehen, wenn bei unterbliebener Zahlung der Gläubiger vor Ablauf von drei Monaten erneute Zwangsversteigerung beantragt. Liegt die Hypothek im geringsten Gebote, so gelten die gleichen Grundsätze, wie sie für den Fall dargestellt sind, daß der meistbietende Garant nicht persönlicher Schuldner der im geringsten Gebote liegenden Hypothek wird. Vereinbaren Gläubiger und Ersteher nach § 91 Abs. 2 ZVG. das Bestehenbleiben der an sich bar zahlbaren Hypothek, so erlischt die AG., wenn sie nicht durch besondere Abrede mit dem Garanten aufrechterhalten wird. Abgesehen von der Erfüllung kommt es bei einer Reihe anderer Rechtstatbestände in Frage, ob sie ein Erlöschen der AG. zur Folge haben. Verf. hat zehn solcher Tatbestände daraufhin untersucht, z. B. den Rangwechsel, Vereinigung von Forderung und Hypothek in einer Person, Befriedigung des Gläubigers durch den vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner und durch den vom persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümer,

Befriedigung des Gläubigers durch den Ablösungsberechtigten und den Bürgen (wobei auf die eigenartige Konkurrenz zwischen dem Hypothekenbürgen und dem Ausbietungsgaranten hingewiesen wird). Mit der Abtretung der Hypothek geht im Zweifel auch das Recht aus der AG. auf den neuen Gläubiger über, § 401 BGB. findet Anwendung. In einem besonderen Abschnitte werden die Folgen der Nichterfüllung der AG. behandelt; auch hier wird unterschieden, ob die gesicherte Hypothek im geringsten Gebot oder außerhalb desselben lag. Für den Ausfall einer demselben Gläubiger zustehenden, der gesicherten Forderung im Range voraufgehenden Hypothek hat der Garant ebensowenig einzustehen wie für den Ausfall der ganzen Hypothek, wenn er nur für einen letztstelligen Teil der Hypothek die AG. übernommen hat; das Argument des Gläubigers, daß bei vertragstreuem Ausbieten auch die voraufgehende Post bzw. Teilpost ausgeboten worden wäre, ist verfehlt. Eine Verpflichtung des Gläubigers, zur Verhütung des Ausfalls selbst ein Gebot abzugeben, besteht nicht; § 254 findet keine Anwendung. Ersteht der Gläubiger dennoch das Grundstück, so erlischt die AG., soweit er seine Hypothek ausbietet; soweit sie ausfällt, bleibt die Schadensersatzpflicht zwar bestehen, doch finden die Grundsätze von der Vorteilsausgleichung Anwendung.

§ 777. 1. **RG. 82** 382. Die Vorschrift des § 777 ist auf die Verbürgung für solche Verbindlichkeiten entsprechend anwendbar, die erst nach Übernahme der Bürgschaft entstanden sind.

2. **RG.** WarnE. **14** 210, R. **14** Nr. 914. Die Übernahme einer unbefristeten Bürgschaft für ein Darlehn mit festgesetztem Rückzahlungstermin ist ein durchaus häufiger Vorgang.

3. **RG.** JW. **14** 470 Nr. 10, LeipzZ. **14** 1127, WarnE. **14** 215, R. **14** Nr. 2652. Der Bürge, der eine zeitlich unbegrenzte Bürgschaft übernommen hat, ist befugt, sie nach Verlauf eines angemessenen Zeitraums zu kündigen.

4. BadRpr. **14** 21 (Karlsruhe). Vor Ablauf der Zeit ist eine Anzeige unwirksam; denn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners kann sich durch Zahlung, Erlaß u. dgl. bis zum letzten Augenblick ändern, und die Anzeige soll dem Bürgen die Kontrolle ermöglichen.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

§ 779. 1. **RG. 83** 113. § 779 BGB steht der Anwendung des § 138 BGB. auf Vergleiche nicht entgegen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 915. Dem Wesen des Vergleichs widerspricht es keineswegs, daß eine Partei nur bedingt nachgibt.

3. **RG.** R. **14** Nr. 763. Beide Parteien müssen geirrt haben. Es genügt nicht, daß eine Partei irrte und die andere ihr Wissen nicht äußert. § 116 BGB. ist nicht, auch nicht entsprechend anwendbar.

4. GewuKfmG. **14** 421 (KfmG. München). Der Prinzipal kann einen vor dem Kaufmannsgericht abgeschlossenen Vergleich nicht deshalb anfechten, weil er nachträglich einen Revers gefunden hat, in dem der Angestellte auf alle Ansprüche verzichtet.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

Literatur: Wollstadt, Verhältnis des abstrakten Schuldanerkenntnisses zu einer in den früheren Vertrag aufgenommenen Schiedsgerichtsklausel, LeipzZ. **14** 1349.

§ 780. 1. OLG. **28** 229 (Naumburg). Briefwechsel erfüllt die Formvorschrift nicht.

2. KGJ. **46** 51. Das vertragliche Schuldversprechen des minderjährigen Erzeugers, eine wiederkehrende Unterhaltsrente zu zahlen, bedarf der vormundschaftgerichtlichen Genehmigung.

§ 781. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2257. Eine mündliche Bestätigung der Schuld auf Anfrage des Zessionars enthält im Zweifel noch kein selbständiges Schuldanerkenntnis.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2438. Ein abstraktes Schuldbekenntnis verliert diese Eigenschaft nicht schon dadurch, daß der Schuldgrund bekannt ist.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 152. Bescheinigt eine Bank, daß eine bestimmte Summe auf Konto dessen, dem sie die Quittung aushändigt, eingezahlt sei, so gibt sie ein abstraktes Schuldanerkenntnis ab.

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Literatur: Bendix, Bürgerliches Kriegssonderrecht. Berlin 1914. — Haußmann, Das Blankett, insbesondere der Blankettmißbrauch unter dem Gesichtspunkte des Rechtsscheinsprinzips, GruchotsBeitr. 58 289. — Pauly, Schuldverschreibung auf den Inhaber und das Erfordernis staatlicher Genehmigung zu ihrer Ausgabe, DJZ. **14** 578. — Heinrich Veit Simon, Die Interimsscheine. Berlin 1913.

§ 793. 1. **RG.** SeuffA. **69** 314, LeipzZ. **14** 174, 287, WarnE. **14** 27. Zahlung darf nur an den tatsächlichen Inhaber geleistet werden. Wortdeutlich wird in Abs. 1 Satz 1 gesagt, daß es der Inhaber ist, der die Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen kann.

2. *Simon, Die Interimsscheine, § 25 Abs. 1. Die Rechte aus dem Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen stehen den Besitzern von Interimsscheinen für Schuldverschreibungen nur dann und insoweit zu, als die Interimsscheine bereits das Anleihegläubigerrecht selbst verbriefen, nicht nur die Verpflichtung des Ausstellers zur Lieferung von Schuldverschreibungen.

3. *Simon, § 26 Abs. 3. Inhaber- (und Order-) Schuldverschreibungen entstehen durch obligatorischen Vertrag und Verschaffung der Innehabung des Papiers. Der Papiergläubiger erwirbt das Papiereigentum gemäß § 952 BGB.

§ 795. *Simon, § 24 Abs. 2, § 33 Abs. 2. Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen der Aussteller nur die Gewährung von Summenschuldverschreibungen verspricht (Interimsscheine), unterliegen nicht der staatlichen Genehmigung. Das gleiche gilt von „Emittentenscheinen", d. h. von Interimsscheinen, in denen sich Banken oder Bankiers zur Verschaffung auszugebender Aktien oder Schuldverschreibungen verpflichten.

§ 797. **RG.** SeuffA. **69** 314, LeipzZ. **14** 287, WarnE. **14** 27. Auf Inhaberaktien sind, soweit die Eigentümlichkeiten der Aktien keine abweichende Regelung bedingen, die Vorschriften des BGB. über die Schuldverschreibungen auf den Inhaber anwendbar.

§ 808. 1. BadRpr. **14** 115 (Karlsruhe). Inhaber ist nur, wer das Papier jederzeit vorlegen kann.

2. *Bendix 43. Die Anerkenntnisurkunde nach § 21 des Kriegsleistungsgesetzes ist ein Legitimationspapier im Sinne des § 808 BGB.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

§ 809. 1. **RG. 83** 248, JW. **14** 91, DJZ. **14** 169. Verweigert der Vorstand einer Aktiengesellschaft die Vorlegung von Geschäftsbüchern, so ist die Klage des besonderen Vertreters gegen die Aktiengesellschaft und nicht gegen den Vorstand zu richten.

2. MschutzuWettbew. **13** 164 (Naumburg). Der Lizenzinhaber hat kein Recht auf dauernden Besitz der Patenturkunden, sondern nur auf Einsicht.

3. OLG. **28** 314, SeuffA. **69** 445, BankA. **13** 326 (München). Der Absender eines Telegramms kann sich für Herausgabe der in das Eigentum des Staates übergegangenen Niederschrift des Ursprungstelegramms mit den nachträglich darauf gesetzten Dienstvermerken nicht auf § 810 BGB. berufen

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Literatur: Buhmann, BayRpflZ. **14** 223 ff. (s. Literatur vor § 903). — Kluckhohn, Zur Haftung des schadensberechtigten betrogenen Käufers, ABürgR. **40** 202. — Lassen, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, ABürgR. **40** 286. — Leo, Die Wirkung der vorbehaltlosen Zustimmung eines absonderungsberechtigten Gläubigers zu einem Zwangsvergleiche; zugleich ein Beitrag zur Frage der Anwaltshaftung, JW. **14** 569.

— Schubart, Nichtigkeit von Gehaltsverträgen, JW. **14** 441. — Schulze, Ausgleichsquittung, LeipzZ. **14** 845.

§ 812. 1. a) Kluckhohn, ABürgR. **40** 202. S. u. § 826 Ziff. 2.

b) Über eine condictio des Bucheintrags vgl. Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 148 zu Nr. 43.

2. *Leo, JW. **14** 571. Leistungen, die nach Abschluß des Zwangsvergleichs auf eine in diesem erlassene Forderung irrtümlich bewirkt sind, können nach § 812 BGB. zurückgefordert werden, sofern nicht nach den Umständen des Falles eine sittliche Pflicht oder Anstandspflicht zur Zahlung vorlag. Die gegenteilige Ansicht von Jäger (§ 193 Anm. 5) und des RG. (insbesondere **RG. 78** 77 f.), welche die Rückforderung schlechthin ausschließen, beruht auf unrichtigen Schlußfolgerungen aus § 193 Satz 2 KO. und führt zu unbilligen Ergebnissen. Man denke an den Fall, daß lediglich infolge eines Rechenfehlers bei der Verteilung der auszuzahlenden Gelder, oder eines ähnlichen Versehens, ein Gläubiger zuviel erhält, und daß der Schuldner infolge hiervon anderen Gläubigern ihre Quote nicht auszahlen kann.

3. Schubart, JW. **14** 443 (sog. 1500-M.-Vertrag). Die dem Arbeitgeber geleistete Arbeit ist nicht auf Grund eines Vertrags, sondern außervertraglich geleistet. Der Arbeitgeber ist dem Arbeitenden zur Herausgabe des ohne rechtlichen Grund Erlangten verpflichtet. — Der Arbeitgeber kann dem Pfändungsgläubiger die an die Ehefrau geleisteten Zahlungen insoweit entgegensetzen, als hierdurch gesetzliche Unterhaltspflichten des Angestellten erfüllt worden sind. Denn indem der Arbeitgeber der unterhaltsberechtigten Ehefrau des Angestellten durch seine Zahlung den ihr gebührenden Unterhalt gewährt, erwirbt er damit kraft Gesetzes gegen den Angestellten eine Erstattungsforderung, die er auch gegen den Pfändungsgläubiger aufrechnungsweise geltend machen kann (s. auch unter § 826 Ziff. 15).

4. Schulze, LeipzZ. **14** 846. Ist bei Erteilung einer Ausgleichsquittung, die gleichzeitig das Nichtvorhandensein weiterer Schulden bescheinigen sollte, ein Posten übersehen worden, so ist für die Frage, inwieweit der Erlaß zurückgefordert werden kann, zu prüfen, inwieweit die Parteien beabsichtigt haben, die wirkliche Rechtslage festzustellen, und inwieweit sie durch neuen Vertrag die Rechtslage abändern wollten.

5. a) **RG.** JW. **14** 79, BankA. **13** 311, R. **14** Nr. 2065. Wer irrtümlich den Betrag einer in Wahrheit nicht bestehenden Forderung auf Veranlassung des vermeintlichen Gläubigers an einen Dritten gezahlt hat, hat regelmäßig nur gegen den vermeintlichen Gläubiger einen Anspruch. Ein Bereicherungsanspruch gegen den Dritten ist jedoch dann begründet, wenn vor der Zahlung die Forderung des vermeintlichen Gläubigers von diesem an ihn mit der Wirkung abgetreten worden war, daß sein Vermögen von dem Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung nicht mehr berührt wurde.

b) **RG.** SeuffA. **69** 348, JW. **14** 644. Ist ein Kaufvertrag nichtig, so ist der Verkäufer, nicht die Zahlstelle, zur Herausgabe des ohne Rechtsgrund Erlangten verpflichtet; andererseits hat der Verkäufer, nicht die Zahlstelle, Anspruch auf Rückgabe der übergebenen Urkunden.

c) SeuffA. **69** 193, R. **14** Nr. 1832 (Naumburg). Wegen fehlenden Guthabens eines Ausstellers kann eine Bank die Zahlung auf einen Scheck nicht vom Empfänger zurückfordern.

d) NaumburgAK. **14** 35 (LG. Leipzig). Wer für Rechnung eines anderen, dessen Schuldner er zu sein glaubte, eine Schuld bezahlt, kann die Zahlung nicht von dem Empfänger, sondern nur von dem anderen zurückfordern. Dies gilt auch, wenn er dem Empfänger gegenüber die Schuld anerkannt hatte.

6. **RG. 83** 184, JW. **14** 80, DJZ. **14** 97. Der Schuldner kann, wenn der Gläubiger die Forderung mehrfach abgetreten hat, ein in Unkenntnis der früheren Ab-

tretung dem späteren Zessionar erteiltes Schuldanerkenntnis wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern.

7. **RG.** WarnE. **14** 207. Der Erlaßvertrag gilt nach dem § 812 Abs. 2 BGB. als eine Leistung, die nach dem Abs. 1 dieses Paragraphen die Verpflichtung des Leistungsempfängers zur Herausgabe des dadurch auf Kosten des Leistenden Erlangten begründet, wenn dies ohne rechtlichen Grund erlangt ist.

8. **RG.** **83** 110. Die Rückzahlung eines gezahlten übermäßigen Honorars, dessen Zusage nach § 138 nichtig war, wird nicht durch eine vom Zahlenden schriftlich abgegebene Erklärung, er erkenne an, keine Ansprüche mehr zu haben, ausgeschlossen. Das negative Schuldanerkenntnis kann gleichfalls gemäß § 812 zurückgefordert werden.

9. **RG.** JW. **14** 828. Vorschußzahlungen auf den ordnungsmäßigen Jahresgewinnanteil einer GmbH. sind zurückzuerstatten, sobald gewiß ist, daß der fragliche Jahresgewinn nicht zur Verteilung kommen wird.

10. **RG.** R. **14** Nr. 1561. Ist ein Vertrag zwar formell unwirksam, dem Vertragsgegner aber der damit bezweckte Vorteil gleichwohl im wesentlichen zugekommen, so kann er seine Gegenleistung nicht zurückfordern.

11. **RG.** R. **14** Nr. 2258. Hat sich der Schuldübernehmer einer hypothekarisch gesicherten Pfandbriefschuld, der für ein seinem Vorgänger gegebenes Zuschußdarlehen dinglich nicht haftet, urkundlich der Satzung der Pfandbriefanstalt unterworfen, wonach die völlige Abtragung des Darlehens nur erfolgen darf, sofern auch das Zuschußdarlehen nebst Zinsen zurückgezahlt wird, so kann er, falls er letzteres gezahlt hat, es nicht aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern. Auch die Erklärung der Unterwerfung unter die genannte Satzungsbestimmung kann nicht kondiziert werden.

12. **RG.** R. **14** Nr. 481. Ist Gegenstand des Bereicherungsanspruchs ein dem anderen übereignetes Grundstück, hat der Bereicherte aber auf dem Grundstücke lastende Hypotheken als Schuldner übernehmen müssen, so ist er bei der Rückauflassung des Grundstücks von diesen Schulden wieder zu befreien.

13. **RG.** R. **14** Nr. 195. Die Kondiktion eines Schuldanerkenntnisses setzt voraus, daß es sich um eine einseitige Anerkennung eines vermeintlichen Schuldverhältnisses handelt. Sie findet nicht statt, wenn ein gegenseitiger Vertrag vorliegt.

14. **RG.** R. **14** Nr. 194. Ist ohne Rechtsgrund eine Hypothek zediert und hat dann der Zessionar einer Nachhypothek den Vorrang eingeräumt, so kann wegen dieser Vorrangseinräumung ein Bereicherungsanspruch nur erhoben werden, wenn sie nicht unentgeltlich erfolgt ist.

15. a) **RG.** WarnE. **14** 104. Der Umstand, daß infolge Fristversäumnis die Widerspruchsklage aus § 878 ZPO. ausgeschlossen ist, hindert nicht die Bereicherungsklage. Die Beweislast liegt dem Kläger ob.

b) KGBl. **14** 77 (KG.). Bereicherungsklage des Hauseigentümers, der wegen seiner Mietforderung in die bei seinem Mieter gepfändeten Gegenstände Anschlußpfändung hat vornehmen lassen und in dem Verteilungsverfahren keinen Widerspruch erhoben hatte.

16. WürttJ. **26** 1, R. **14** Nr. 1095 (Stuttgart). Der Anspruch auf Rückerstattung wegen Zahlung einer Nichtschuld wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß eine andere Schuld im gleichen Betrage bestand, welche der Zahlende nicht tilgen wollte.

17. BayRpflZ. **13** 467, R. **14** Nr. 35 (Nürnberg). Die Parteien können vergleichsweise nachträglich die Nichtigkeit eines aus § 138 BGB. beanstandeten Vertrags in dem Sinne vereinbaren, daß die beiderseitigen Leistungen und Nutzungen (§§ 818, 100 BGB.) nach Bereicherungsnormen zurückzugewähren sind.

18. OLG. **29** 190 (Celle). Keine Bereicherungsklage, wenn ein Urteil gegen einen anderen als den Schuldner vollstreckt wird, solange das Vollstreckungsverfahren noch nicht beendet ist.

19. SächsOVG. **20** 352. Wenn es sich um Rückzahlung öffentlicher Abgaben handelt, liegen besondere Verhältnisse vor, welche eine entsprechende Anwendung der in den §§ 812 ff. BGB. enthaltenen Vorschriften ausschließen, soweit sie nicht kraft besonderer Bestimmung für anwendbar erklärt sind.

20. GewuKfmG. **14** 351 (KfmG. Neukölln). Es gelten die Vorschriften über den kaufmännischen Dienstvertrag, wenn der schriftliche Anstellungsvertrag eines Handlungsgehilfen wegen Vereinbarung des Wegfalls der Gehaltszahlung im Krankheitsfalle nachträglich für nichtig erklärt wird.

§ 814. 1. **RG.** WarnE. **14** 339. Ein Vorbehalt bei der Zahlung sichert nicht die Folgen aus § 814.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 977, R. **14** Nr. 196. Die Rückforderung eines Anerkenntnisses einer vermeintlichen Schuldverbindlichkeit ist auch dann ausgeschlossen, wenn für den Versprechenden bei Eingehung der Verbindlichkeit nicht die sittliche Pflicht, sondern die irrtümliche Annahme einer bestehenden Rechtspflicht bestimmend war.

3. *Leo, JW. **14** 571. Über die Zulässigkeit der Rückforderung irrtümlich geleisteter Zuvielzahlungen auf Forderungen, welche durch Zwangsvergleich herabgesetzt waren, s. unter § 193 KO. Ziff. 6.

§ 817. 1. **RG.** JW. **14** 1080, R. **14** Nr. 2871. Der Wucherer kann das Darlehen, das ein Entmündigter unter Verschweigung der Entmündigung bei ihm aufgenommen hatte, zurückfordern. Denn § 817 Satz 2 gilt nicht für unerlaubte Handlungen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 891, BayRpflZ. **14** 300, R. **14** Nr. 2439. Wer sich in fraudulöser Absicht ein Grundstück übereignen läßt mit der Abrede, es so lange zu behalten, wie Gläubiger des bisherigen Eigentümers Ansprüche geltend machen können, kann die Rückauflassung nicht dauernd verweigern. Denn was er als empfangene Leistung gemäß dem 1. Satze des § 817 herauszugeben haben würde, dessen Rückforderung aber gemäß dem 2. Satze des § 817 ausgeschlossen ist, besteht nicht in der Auflassung des Grundstücks schlechthin, sondern in dieser Auflassung verbunden mit der Verpflichtung zur Auflassung an den Kläger nach Maßgabe des fiduziarischen Vertrags, so daß er das Grundstück auf Grund des § 817 Satz 2 auch nur mit dieser Verpflichtung behalten kann (vgl. **RG. 67** 326, JW. **12** 862).

3. **RG.** JW. **14** 834, R. **14** Nr. 2440. § 817 setzt nicht unter allen Umständen eine Nichtigkeit im Sinne des § 138 BGB. voraus.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 897, WarnE. **14** 392, R. **14** Nr. 2259. Beruft sich die auf Unterhalt klagende geschiedene Frau gegenüber der Einrede des Verzichts auf dessen Nichtigkeit nach § 138 BGB., so kann der Ehemann demgegenüber nicht eine Gegeneinrede aus § 817 BGB. ableiten.

§ 818. 1. Lassen, ABürgR. **40** 11. Der Empfänger von Geld oder anderen verbrauchbaren Sachen ist nur dann nicht mehr bereichert, wenn er sonst derartige Sachen nicht verbraucht oder benutzt haben würde. Für den Fall, daß der Empfänger minderjährig ist, gilt nichts Besonderes.

2. **RG. 83** 161, JW. **14** 191. Der Beamte kann gegenüber dem Anspruch auf Rückzahlung zuviel gezahlten Gehalts geltend machen, daß er den Mehrbetrag für Aufwendungen zu einer besseren Lebenshaltung gebraucht habe. Wenn in **RG. 81** 340 für die Rückzahlung zu Unrecht erhobener Versorgungsgebührnisse anders entschieden ist, so erklärt sich dies aus der besonderen gesetzlichen Regelung, die für die Rückforderung von Versorgungsgebührnissen besteht. Bei Ansprüchen auf Rückerstattung zuviel gezahlten Gehalts oder auch überhobener Pension steht also dem Einwande des Wegfalls der Bereicherung nichts entgegen.

3. **RG. 83** 159 (nachträglich abgedr. Urt. vom 14. Dezember 1909). Das Gericht ist verpflichtet, die feststehende Tatsache des Wegfalls der Bereicherung auch ohne ausdrückliche Geltendmachung eines hierauf gestützten Rechtsbehelfs zu berücksichtigen.

§ 819. Lassen, ABürgR. **40** 286. Auch für Minderjährige gilt § 819. Indessen ist eine analoge Anwendung von §§ 828, 829 gerechtfertigt. Einen wirksamen Schutz gegen Gefahren, die Minderjährigen aus übermäßiger Kreditgewährung drohen, bietet § 817.

§ 822. *Buhmann, BayRpflZ. **14** 223 ff. Eine unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 822 liegt schon objektiv vor, subjektive Schenkungsabsicht ist nicht erforderlich (s. auch unten bei § 921 BGB. Ziffer 1).

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Literatur: Asch, Der zivilrechtliche Rechtsschutz gegen Ehrenkränkungen seitens der Presse, JW. **14** 567. — Bach, Die Auslegung des § 843 Abs. 4 BGB., JW. **14** 730. — Bendix, Bürgerliches Kriegssonderrecht. Berlin 1914. — Bezold, Über die Haftung der Eisenbahn bei Beschädigung fremder beweglicher Sachen durch Funkenflug, EisenbE. **30** 123. — Breit, 1500-M.-Verträge zur Ausschließung von Gehaltspfändungen. Leipzig 1914. — Delius, Die Haftung für Verkehrssicherheit, DJZ. **14** 206. — Derselbe, Haftung für Schaden bei Erteilung einer ungünstigen Auskunft über einen Gemeindebeamten seitens seiner Dienstbehörde, PrVerwBl. **35** 690. — Deumer, Vereitelung des Kriegsschutzes, DJZ. **14** 1376. — Ebermayer, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei operativen Eingriffen nach geltendem und künftigem deutschem Strafrechte, LeipzZ. **14** 1079. — Eckstein, Zur Lehre von der Haftung des Grundbesitzers für Einsturz und andere Schäden, GruchotsBeitr. **58** 329. — Fischer, Die Sicherungsübereignung als Verstoß gegen § 826 BGB., BankA. **13** 141 ff. — Dr. Fischer, Die Rechtsnatur der städtischen Schulen und die Beamteneigenschaft der städtischen Lehrpersonen, PrVerwBl. **36** 131 ff., 149 ff. — Ch. A. Fischer, Grenzgebiet des Schadensersatzes und Bereicherungsanspruch, Festgabe für Zitelmann. — Gittler, Schiebung und Umschreibung des Gewerbebetriebs, JW. **14** 669 ff. — Glaser, Wahrnehmung berechtigter Allgemeininteressen durch die Presse, insbesondere die Finanzkritik, LeipzZ. **14** 1432. — Derselbe, Haftung der Presse trotz Wahrnehmung berechtigter Allgemeininteressen, RuW. **3** 141. — Grallert, Ist das Ausbieten von Forderungen in Zeitungen zulässig? DJZ. **14** 625. — Gundlach, Über Schadenshaftung, DJZ. **14** 476. — Heinsheimer, Sanierungsversuche als Verstoß gegen die guten Sitten, BankA. **13** 125. — Hörle, Die Haftung des Mieters für den Schaden, den der Frachtführer oder seine Leute beim Umzug anrichten, R. **14** 492. — Holtz, Ist der § 22 des Wassergesetzes vom 7. April 1913 ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.? PrVerwBl. **36** 179. — Jäger, Lohnverträge zugunsten der Ehefrau, LeipzZ. **14** 1065. — Joseph, Haftung des Wirtes für die Verkehrssicherheit einer Kegelbahn, SächsRpflA. **14** 371. — Derselbe, Die Einwirkung der §§ 278, 831 BGB. auf die Haftung für die Verkehrssicherheit, BadRpr. **14** 92 ff. — Derselbe, Die Einwirkung der Ehe auf die Haftung für die Verkehrssicherheit, SächsRpflA. **14** 265. — Kiß, Verleitung zur Vertragsverletzung in Festgabe für Zitelmann. — Kluckhohn, Der außervertragliche Schadensersatzanspruch des sog. mittelbar Geschädigten, AZivPr. **111** 394. — Derselbe, Zum Problem der Schadensliquidation aus fremdem Interesse, AZivPr. **111** 406. — Derselbe, Zur Haftung des schadensberechtigten, betrogenen Käufers, ABürgR. **40** 202. — Kiehl, Zu einigen Streitfragen beim Kauf und über die Haftung des Verkäufers für die Arglist seines Vermittlers sowie Vertreters bei Gelegenheit des Kaufabschlusses, JW. **14** 497 ff. — Knoll, Der Begriff der Ehre nach heutigem Rechte. Karlsruhe. — König, Haftung des Amtes für Amtspflichtverletzungen des Amtmanns innerhalb seiner polizeilichen Befugnisse, PrVerwBl. **35** 792. — Kraft, Die Haftung der staatlichen und kommunalen Wohlfahrtsanstalt, PrVerwBl. **34** 500. — Derselbe, Wegerecht und Haftpflicht, GruchotsBeitr. **58** 101 ff., 381 ff., insbesondere 381 ff. — Mansfeld, Genehmigung gefälschter Unterschrift, LeipzZ. **14** 801. — Marcus, Zur Frage der Haftung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit wegen Abweichung von der Judikatur der oberen Gerichte, DRZ. **14** 578. — Marquardt, Immaterielles Güterrecht und Persönlichkeitsrecht, GewRschutz **14** 142. — Mittelstein, Haftung des Kriminalbeamten wegen Freiheitsberaubung eines Festgenommenen durch verspätete Vorführung, DJZ. **14** 364. — Neukamp, Ist eine Unterlassungsklage zwecks Abwehr drohender strafbarer Handlungen zulässig? in der Festschrift für Zitelmann. — Derselbe, Unterlassungsklage, öffentliche Strafandrohung und Wiederholungsgefahr, JW. **15** 113. — Niggl, Die Haftung der Post bei Reisen mit Motorpersonenpost, R. **14** 378. — von der Pfordten, Die Haftung des Staates für Angehörige des Bayerischen Heeres, BayRpflZ. **14** 7. — Recken, Wann handelt ein Händler, der einen Lieferanten zu vertragswidrigen Lieferungen veranlaßt, sittenwidrig? GewRschutz **14** 66. — Riß,

Haftung für unrichtige Angaben im Handelsteile der Tageszeitungen, BayRpflZ. **14** 188. — Rosenthal, Unterlassungsklage, öffentliche Strafandrohung und Wiederholungsgefahr, JW. **14** 1059. — Sautter, Noch ein Wort über die Anfechtung von Gehaltsverträgen, PosMSchr. **14** 32 ff. — Schubart, Nichtigkeit von Gehaltsverträgen, JW. **14** 441. — Stein, Der 1500-M.-Vertrag, BuschsZ. **44** 425. — Derselbe, Wirtschaftlicher Boykott und Schiedsspruch, RuW. **3** 253. — Strucksberg, Arglist des Vertreters beim Vertragsschlusse, LeipzZ. **14** 1523. — Teich, Zur Frage der Klage auf Unterlassung unerlaubter Handlungen, JW. **14** 612. — Ulrich, Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Rechte, JheringsJ. **64** 161 ff. — Volkmar, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete der Gehaltsschiebeverträge, KGBl. **14** 83. — Weinmann, Unzulässigkeit der Klage auf Unterlassung einer unter öffentliche Strafe gestellten Handlung, JW. **14** 1007.

Vorbemerkung: Ebenso wie im Vorjahr steht die Rechtsprechung an Bedeutung dem Schrifttum weit voran. In diesem verdient besondere Erwähnung der Widerspruch, der sich auch in diesem Jahr gegen das RG. in der Frage geltend gemacht hat, ob das Vorhandensein eines Strafgesetzes eine Unterlassungsklage regelmäßig ausschließt, und zwar sind hier die Ausführungen Rosenthals besonders hervorzuheben. Die Erwiderung Neukamps hierauf in JW. **15** 113 konnte in diesem Jahre nur verzeichnet werden, eine Wiedergabe ihres Inhalts muß dem nächsten Jahrgang vorbehalten bleiben.

Aus der Fülle der interessanten Entscheidungen, die das vergangene Jahr gebracht hat, sei hier auf einige hingewiesen. Unter §§ 823 ff. Ziff. 4 a, b, d sind besonders wichtige und zweifelhafte Fälle aus der Lehre vom Kausalzusammenhang mitgeteilt. Bei § 824 Ziff. 1 a und c finden sich zwei Entscheidungen, welche die Presse betreffen, und von denen besonders die unter 1 a von Bedeutung ist. Bei § 826 wird zunächst auf Ziff. 10 verwiesen, wo zwei Entscheidungen zu Verrufserklärungen seitens ärztlicher Standesvereine mitgeteilt sind. Vor allem aber ist hier auf Ziff. 18 f (sittenwidrige Sicherungsverträge) zu verweisen. Unter Ziff. 18 k sind drei Entscheidungen zu der Frage wiedergegeben, wie sich derjenige zu verhalten hat, der weiß, daß ein Dritter auf seinen Namen Wechsel fälscht. Von den Entscheidungen unter § 831 Ziff. 1, welche die wichtige Frage der Haftung des Vertretenen für die Arglist des Vertreters betreffen, steht die unter d mitgeteilte des 2. Zivilsenats zu den übrigen — sämtlich Urteile des 5. Zivilsenats — im Widerspruch, so daß eine Plenarentscheidung erforderlich gewesen wäre, worauf bereits Strucksberg hingewiesen hat. Wichtige Entscheidungen liegen zu § 839 BGB. vor, wo die Regreßklagen gegen Notare wiederum einen besonders breiten Raum einnehmen. Besonders hingewiesen sei auf die Entscheidung in Ziff. 22 a δ, in der das RG. unter ausdrücklicher Ablehnung seiner bisherigen Ansicht (vgl. zuletzt JDR. **12** § 839 Ziff. 13 a α) angenommen hat, daß die Haftung des Notars für Erfüllung der Amtspflicht nicht auf Vertrag beruht.

Zu § 852 verdienen die Entscheidungen in Ziff. 1, 3 und 5 besondere Erwähnung.

§§ 823 ff. 1. *Kluckhohn, AZivPr. **111** 406. Bei einer Schadensersatzforderung ist die Liquidation eines fremden Interesses in keinem Falle möglich (aM. die herrschende Ansicht). Diese Frage wird aber nicht so oft praktisch, wie gewöhnlich angenommen wird. Es bleiben nur die Fälle, in denen A. auf Grund einer bestimmten Rechtsbeziehung zu B. mit C. im eigenen Namen einen Vertrag abschließt und C. sich eine Verletzung der Vertragspflichten zuschulden kommen läßt, während dem A. ein Interesse an einer Schadensersatzleistung — insbesondere auf Grund einer ihm gegenüber B. obliegenden Haftung — nicht zusteht, A. aber infolge der Vertragsverletzung durch C. seinerseits dem B. nicht leisten kann, wozu er gemäß seines Rechtsverhältnisses zu diesem an sich, d. h. ohne Vertragsverletzung durch C., verpflichtet ist. In diesen Fällen ist aber — regelmäßig — anzunehmen, daß es zu der vollen Leistungspflicht des A. gegenüber B. gehört, den Vertragsschluß mit C. in der Weise vorzunehmen, daß ein etwaiger Anspruch auf Schadensersatz gegen C. wegen schuldhafter Verletzung seiner Vertragspflichten unmittelbar dem B. zustehen soll. Diese Verpflichtung des A. folgt aus dem Prinzip von Treu

und Glauben im Hinblick darauf, daß andernfalls B. nicht in der Lage ist, aus einer schuldhaften Vertragsverletzung durch C. unmittelbar Ansprüche für sich herzuleiten, noch A. in der Lage ist, im Interesse des B. solche Ansprüche gegen C. geltend zu machen. Verletzt A. diese seine Pflicht, so wird er dem B. schadensersatzpflichtig, d. h. es besteht dann eine Regreßpflicht des A. gegenüber dem B., die den Schaden, den B. durch die Vertragsverletzung des C. gegenüber A. erleidet, zu einem eigenen Schaden des A. macht. Diesen Schaden kann A. nach allgemeinen Regeln von C. ersetzt verlangen.

2. Gundlach, DJZ. **14** 476. Das BGB. hat im Gegensatz zum PrALR. auf eine systematische oder erschöpfende Regelung der Schadensersatzpflicht verzichtet. § 287 ZPO., §§ 254 und 829 BGB. bringen auch für das geltende Recht den Grundsatz zum Ausdrucke, daß die Billigkeit für den Umfang der Entschädigungspflicht von Bedeutung sein sollte.

3. *Marquardt, GewRschutz **14** 142. An Stelle eines Anspruchs aus dem Quasidelikte sittenwidriger Schädigung eines anderen sucht das sog. Persönlichkeitsrecht einen individuellen Anspruch auf freie Bestätigung zu konstruieren. Für die Beurteilung verschiebt sich dadurch der Schwerpunkt von der Person des Handelnden auf die des Beeinträchtigten, und das führt leicht zu einer Überspannung der Begriffe. Der Ausdruck Persönlichkeitsrecht ist überhaupt irreführend, denn alle Rechte mit Ausnahme der dinglichen müssen an irgendeine Rechtspersönlichkeit gebunden sein; und gerade die sog. Individualrechte von Firma und Warenzeichen stehen, da sie an einen nur wirtschaftlich einheitlichen, schwer als Person zu denkenden Geschäftsbetrieb geknüpft sind, den dinglichen Rechten näher als den persönlichen. Auch die Begriffe des absoluten Rechtes und des immateriellen Güterrechts sind unscharf. Ganz absolute Rechte gibt es nicht; selbst die Verletzung der persönlichsten Rechtsgüter begründet noch keine Verpflichtung, sondern nur bei Vorliegen von Vorsatz, Verschulden oder mindestens Gefahr künftiger Beeinträchtigung. Die verschiedene Abstufung des Rechtsschutzes beruht im wesentlichen auf praktischen Erwägungen, nicht auf der Natur der geschützten Rechte. Die sog. immateriellen Rechtsgüter, z. B. geistige Schöpfungen, müssen irgendwie materialisiert sein, ehe sie einen Rechtsschutz genießen; und dann begründen sie nicht nur immaterielle, sondern meist gleichzeitig auch materielle Ansprüche, wie andererseits aus ganz materiellen Rechten sich gleichzeitig Ansprüche immaterieller Natur ergeben können.

4. Kausalzusammenhang (JDR. **12** §§ 823 ff. Ziff. 2).

a) **RG.** ElsLothJZ. **14** 208, WarnE. **14** 77, R. **14** Nr. 198. Verneinung des Kausalzusammenhanges, wenn sich im Anschluß an einen an sich harmlosen Unfall auf dem Nährboden einer nervösen Veranlagung Begehrungsvorstellungen nach einer Rente, insbesondere die „überwertige" Idee entwickelt, eine schwere Gesundheitsschädigung erlitten zu haben. Der Unfall müßte, um als kausal angesehen werden zu können, wenigstens mitverantwortlich gemacht werden können dafür, daß die Klägerin jenen Begehrungsvorstellungen keine ausreichenden Hemmungen entgegenzusetzen hatte.

b) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 985, EisenbE. **30** 80, WarnE. **14** 145, R. **14** Nr. 1077. Sind die nachteiligen Folgen einer Verletzung beseitigt, und hat sich dann bei dem Verletzten infolge nervöser Veranlagung die Idee einer dauernden Gesundheitsstörung gebildet, so ist für die hieraus sich ergebenden schädlichen Folgen der Verletzer nicht mehr haftbar zu machen.

c) **RG.** HansGZ. **14** Beibl. 37. Wer für die Gesundheitsschädigung eines anderen verantwortlich ist, hat auch diejenigen Folgen der Schädigung zu vertreten, die durch eine irrige Diagnose oder eine unrichtige Behandlung des zur Heilung zugezogenen Arztes herbeigeführt wurden, es sei denn, daß sie nicht auf der allgemeinen menschlichen und wissenschaftlichen Unvollkommenheit, sondern auf einem Kunstfehler des

Arztes, also auf einem selbständigen Ereignisse beruhen, das die adäquat ursächliche Verknüpfung mit der Verletzung gelöst und einen neuen Ursachenverlauf eröffnet hat.

d) **RG.** JW. **15** 28, WarnE. **15** 13. Wenn in einem Café ein Gast einen Glassplitter zwar nicht verschluckt, aber beim Genusse des Eises einen Glassplitter in den Mund bekommen hat, dies bemerkt und nun weitere Glassplitter in dem Eise findet, so war dies nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge sehr wohl geeignet, bei der Klägerin wie überhaupt bei einer nervös veranlagten Person den Glauben hervorzurufen, sie habe wirklich einen Glassplitter verschluckt, und so die Möglichkeit nervöser Störungen der Verdauungsorgane zu erhöhen.

e) **RG.** LeipzZ. **14** 1622. Waren die persönlichen Beziehungen zwischen dem Beklagten und seinem Bekannten derart freundschaftlich, daß der Beklagte mit keiner kräftigeren Zurückweisung seiner Neckerei zu rechnen brauchte, so war auch ein Anprall an einen Dritten als Folge des Scherzes und dessen Zurückweisung für ihn nicht voraussehbar. Damit entfällt eine Fahrlässigkeit seines Verhaltens als ursächlich für die Körperverletzung des Klägers.

f) **RG.** JW. **14** 980. Wenn ein Beamter trotz eines Unfalls zunächst weiter Dienst tut, dann aber im Wege des Disziplinarverfahrens ohne Pension entlassen wird und keinen Erwerb mehr findet, besteht zwischen Unfall und Schaden ursächlicher Zusammenhang.

g) **RG.** R. **14** Nr. 917. Ursächlicher Zusammenhang ist auch dann vorhanden, wenn das schädigende Ereignis eine der mehreren zum Erfolge mitwirkenden Ursachen ist.

5. Verschulden (JDR. **12** §§ 823 ff. Ziff. 3 u. frühere Jahrgänge).

a) **RG. 84** 194, JW. **14** 536, R. **14** Nr. 1097. Jede vorsätzliche unerlaubte Handlung erfordert auch die Erkenntnis und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Handelns (**RG. 68** 431, **72** 4, **75** 225). Dieses setzt nicht notwendig die Kenntnis des die Handlung verbietenden Gesetzes voraus, wohl aber das Bewußtsein, daß man ohne eigenes Recht in eine fremde Rechtssphäre eingreife; es kann in besonderen Fällen durch Rechtsunkenntnis ausgeschlossen sein (**RG. 72** 4). Diese kann namentlich in Betracht kommen bei einem neuen, noch wenig bekannten Gesetze, das nicht dem Boden des natürlichen Rechtsbewußtseins und der natürlichen sittlichen Anschauungen entsprungen ist, sondern durch positive Bestimmungen in polizeilicher Fürsorge für das Gemeinwohl neue Pflichten schafft.

b) **RG.** JW. **14** 679. Die vorsätzliche und bewußte Herbeiführung einer Gefahr erschöpft den Begriff des Eventualdolus nicht. Ein solcher Dolus liegt nur dann vor, wenn der Täter mit dem als möglich erkannten Erfolge seiner Handlung einverstanden ist, wenn er diesen Erfolg billigt (vgl. **RG.** [Straff.] **33** 5).

c) OLG. **28** 233 (Rostock). Von dem gewöhnlichen gebildeten Laien kann nicht vorausgesetzt werden, daß er die technischen Kenntnisse besitzt, um eine nicht auf offensichtlichem Fehler beruhende Gefährlichkeit einer elektrischen Anlage zu erkennen.

6. Unterlassungsklage (JDR. **12** Ziff. 4 u. frühere Jahrgänge).

a) Ulrich, JheringsJ. **64** 164 ff., behandelt den Anspruch auf Unterlassung aus unerlaubter Handlung auf S. 224 ff., wo die Konstruktion der deliktischen Unterlassungsklage sowie die Zulässigkeit der Unterlassungsklage bei strafbaren Handlungen erörtert werden.

b) **RG.** SeuffA. **69** 67 (JDR. **12** §§ 823 ff. Ziff. 4 h).

c) **RG.** SeuffA. **69** 196, R. **14** Nr. 37. Nach den in der Rechtsprechung des RG. aufgestellten Grundsätzen kann eine Klage auf Unterlassung von Eingriffen in den allgemeinen Rechtskreis eines anderen nicht nur dann erhoben werden, wenn durch die unerlaubte Handlung ein den anderen schädigender Zustand geschaffen wurde, der durch den Zwang zur Unterlassung weiterer Störungen beseitigt wird (Unterlassungsklage auf Wiederherstellung), sondern es kann auch vorbeugend zur

Abwehr künftiger Eingriffe solcher Art auf Unterlassung geklagt werden. Für diese vorbeugende (weil den Bestimmungen der §§ 12, 862, 1004 BGB. nachgebildet, auch quasi-negatorisch genannte) Unterlassungsklage bedarf es nicht der vollen Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestandes einer unerlaubten Handlung, sondern es genügt grundsätzlich auch ein nur objektiv rechtswidriger Eingriff in das geschützte Rechtsgut, sofern die ernstliche und durch Tatsachen begründete Besorgnis weiterer unerlaubter Eingriffe besteht (vgl. die in RGRKomm. [2] I 774 in Vorbem. 6 III vor § 823 aufgef. Rechtsprechung). Ohne Grund nimmt das Berufungsgericht an, daß in der **RG. 77** 217 abgedruckten Entsch. des erk. Sen. diese Grundsätze aufgegeben und auch für die vorbeugende Unterlassungsklage der volle objektive und subjektive Tatbestand der unerlaubten Handlung erfordert worden sei. Jene Entscheidung betraf überhaupt nur eine auf Wiederherstellung gerichtete Unterlassungsklage und erörtert im übrigen die Frage, ob eine solche auch dann gegeben sei, wenn die zu untersagende Handlung durch ein Strafgesetz unter Strafe gestellt ist.

d) RG. R. **14** Nr. 2265. Die Möglichkeit einer Privatklage wegen Beleidigung schließt eine zivilrechtliche Unterlassungsklage dann nicht aus, wenn das Gesamtverhalten des Beklagten über den Rahmen hinausgeht, innerhalb dessen die Bestrafung sich nur bewegen kann.

e) *R o s e n t h a l, JW. **14** 1059. Die vom RG. (R. **14** Nr. 37) als „wiederherstellende Unterlassungsklage" bezeichnete Klage, die sich gegen das Fortwirken einer begangenen unerlaubten Handlung richten soll, ist a u c h nur als v o r b e u g e n d e — allerdings nicht quasi-negatorische — Unterlassungsklage anzusprechen: a u f G r u n d der begangenen unerlaubten Handlung wird gegen eine Wiederholung derselben bzw. zum Schutze gegen den noch andauernden rechtswidrigen Zustand die — vorbeugende — Unterlassungsklage gewährt (**RG. 53** 400). Eine „die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 BGB." bezweckende Unterlassungsklage ist eine begriffliche Unmöglichkeit: die Unterlassungsklage richtet sich b e g r i f f s n o t w e n d i g gegen zukünftige Eingriffe. Vgl. gegen R o s e n t h a l N e u k a m p, JW. **15** 113.

f) *N e u k a m p, Festschrift für Zitelmann: „Ist eine Unterlassungsklage zwecks Abwehr drohender strafbarer Handlungen zulässig?" Diese Frage wird (unter Hinweis auf **RG. 82** 60, JW. **13** 594) im allgemeinen v e r n e i n t. Nur da, wo das Gesetz selbst n e b e n der strafrechtlichen Verfolgung eine Unterlassungsklage gewährt, wie z. B. in den Fällen der §§ 1, 3, 13 UWG., ist diese zulässig. Dafür, daß auch in anderen Fällen, in denen lediglich eine Strafe angedroht ist, eine Klage auf Unterlassung zulässig sei, bietet das Gesetz keinen Anhalt. Die Lückenausfüllung, die der Richter vornehmen darf, muß sich an den in den §§ 12, 862, 1004, 1017, 1027 usw. BGB. zum Ausdrucke gebrachten gesetzgeberischen Gedanken anlehnen, „daß überall da, wo ein Dauerverhältnis in Frage steht, gegen dessen Störung oder Bedrohung eine Unterlassungsklage zulässig ist". Hat aber der Gesetzgeber lediglich einen s t r a f r e c h t l i c h e n S c h u t z verliehen, so kann ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift nicht daneben noch ein privatrechtlicher Schutz durch die Zulassung einer Unterlassungsklage gewährt werden. Die gegenteilige Ansicht führt zu ganz unhaltbaren Folgerungen. Vgl. auch N e u k a m p, JW. **15** 113.

g) *R o s e n t h a l, JW. **14** 1059. Die Frage der öffentlichen Strafandrohung ist für die Zulässigkeit der Unterlassungsklage i n j e d e m F a l l e unbeachtlich. Bei den Gesetzen, die den gewerblichen Rechtsschutz betreffen, ergibt sich dies schon daraus, daß sie vielfach neben dem zivilen Unterlassungsgebot in besonderen Paragraphen die Strafandrohung enthalten (bestätigend **RG.** MschutzuWettbew. **13** 74). Aber auch im übrigen sind die Urt. **RG. 77** 217, JW. **12** 587, **13** 35, 594, in denen die öffentliche Strafandrohung als Hinderung der Unterlassungsklage behandelt wird, nicht haltbar. So hat denn auch der 6. Sen. des RG. seine obigen Urteile neuer-

dings (R. 14 Nr. 37) authentisch dahin interpretiert, daß in jenen Urteilen nur die — praktisch wenig bedeutsame — wiederherstellende Unterlassungsklage getroffen werden solle, nicht aber die quasi-negatorische (vorbeugende) Unterlassungsklage. Ein Grund für diese Unterscheidung ist nicht ersichtlich: sowohl die vorbeugende, als auch die wiederherstellende Unterlassungsklage richtet sich gegen die Begehung (bzw. Wiederholung oder Fortdauer) einer unerlaubten Handlung. Wenn es bei der einen Klage zulässig sein soll, daß neben die öffentliche Strafandrohung die im Unterlassungsgebot auszusprechende zivile Strafandrohung hinzutritt, dann muß dies auch bei der anderen Klage möglich sein. Der Standpunkt **RG. 77** 217 befindet sich auch in schneidendem Widerspruche zu der bisherigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung, wo gerade auf Grund der Strafvorschrift gegenüber der Verletzung derselben die Unterlassungsklage gewährt wird. S. insbesondere **RG. 53** 400, MschutzuWettbew. **10** 128. Neukamp, der (in der Festschrift für Zitelmann) das Urteil **RG. 77** 217 verteidigt, versteht diese Entscheidung anders, als der 6. Sen. selbst (laut R. 14 Nr. 37) verstanden zu werden verlangt hat. Die Stellungnahme des RGRKomm., der **RG. 77** 217 entgegen **RG.** R. **14** Nr. 37 nur auf die vorbeugende, nicht aber auf die wiederherstellende Unterlassungsklage bezieht, führt zu einem praktisch unmöglichen Resultate. Auch Staudinger mißversteht in jeder Richtung das Urt. **RG. 77** 217. Vgl. Neukamp, JW. **15** 113.

h) Teich, JW. **14** 612. Die Versagung der Unterlassungsklage bei Antragsdelikten mangels Darlegung eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses führt zu unbilligen und geradezu unhaltbaren Folgen.

i) *Weinmann, JW. **14** 1007. Der im Urt. des **RG. 77** 217 (JDR. **10** §§ 823 ff. Ziff. 4 a) aufgestellte Grundsatz von der Unzulässigkeit der Klage auf Unterlassung einer unter öffentliche Strafe gestellten Handlung ist ein vollständiger Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung des RG., und zwar auch anderer Senate als des erkennenden sechsten Senats. Dieser neue Grundsatz ist rechtlich nicht bedenkenfrei begründet. Insbesondere ist die Natur der Strafandrohung des § 890 ZPO. verkannt. Die Ansicht des RG., die Strafe aus § 890 ZPO. sei unvereinbar mit der auf Grund des StGB. verwirkten Strafe, ist nicht haltbar. Und praktisch verlangt gerade das „Rechtsschutzbedürfnis als Maßstab für die Zulässigkeit der Unterlassungsklage" hier gebieterisch die Zulassung der Unterlassungsklage. Der Satz von der Unzulässigkeit der Klage auf Unterlassung einer unter öffentliche Strafe gestellten Handlung, der ohne Anrufung der vereinigten Zivilsenate nicht hätte ausgesprochen werden dürfen, ist weder in seiner rechtlichen Begründung noch in seinem praktischen Ergebnis annehmbar.

k) Wiederholungsgefahr. α. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 568. Wie das RG. in ständiger Rechtsprechung und noch jüngst wiederholt (in den Urt. vom 30. April 1913, VI. 556/12; vom 5. Mai 1913, VI. 33/13) angenommen hat, kann eine Klage auf „Unterlassung" einer unerlaubten Handlung nur dann Erfolg haben, wenn dargetan wird, daß eine Wiederholung der Vornahme der unerlaubten Handlung für die Zukunft zu besorgen ist. Nach dieser Richtung hin hat aber das Berufungsgericht in rechtseinwandfreier Weise festgestellt, daß für eine „Wiederholungsgefahr" vom Kläger garnichts vorgebracht ist, daß vielmehr der Zweck der Bekanntmachung keine Wiederholung der Anzeige in der Zeitung erforderte.

β. **RG.** BayRpflZ. **14** 67, WarnE. **14** 171. Unterlassungsklage nur bei Wiederholungsgefahr, solche besteht aber nicht, wenn ein Kaufmann, der über seinen Angestellten unrichtige Auskunft gegeben hatte, sein Geschäft verkauft und sich ins Privatleben zurückgezogen hat.

γ. **RG.** R. **14** Nr. 916. Auf eine Unterlassungsklage darf eine Verurteilung nur ausgesprochen werden, wenn die Wiederholungsgefahr noch zur Zeit des Urteilserlasses besteht.

δ. *Rosenthal, JW. 14 1059. Die neuere Rechtsprechung des 6. Sen. des RG., insbesondere **RG.** MschutzuWettbew. 13 24, stellt an den Beweis der Wiederholungsgefahr Anforderungen, die als unerfüllbar bezeichnet werden müssen. Wenn verlangt wird, es müsse zu befürchten sein, „der Beklagte werde denselben konkreten Sachverhalt mit den gleichen daran geknüpften Urteilen über den Kläger wiederholen", so ist demgegenüber zu sagen, daß ein solcher Beweis nicht gelingen kann. Es ist undenkbar, dem Kläger zuzumuten, „eine der Gewißheit sich nähernde Wahrscheinlichkeit der Wiederholung" zu beweisen. In schroffem Gegensatze hierzu hat denn auch gerade der 6. Sen. (**RG.** 78 213) dargelegt: „Nach den Umständen, namentlich nach der Beschaffenheit des Eingriffs, kann der Fall so liegen, daß sich daraus ohne besonderen (weiteren) Beweis des Klägers eine genügende Wahrscheinlichkeit der Wiederholung ergibt. Und dann hätte der Beklagte gegenbeweislich darzutun, daß gleichwohl neue Eingriffe ausgeschlossen sind. Das ist jedoch Sache der Beweisführung und Beweiswürdigung im Einzelfalle." Diese Darlegung des 6. Sen., die fast wörtlich mit Rosenthal, LeipzZ. **11** 888, übereinstimmt, ist auch von anderen Senaten des RG. der Behandlung der Wiederholungsgefahr zugrunde gelegt worden, so insbesondere vom 1. Sen. in **RG. 84** 147. Hier ist im Anschluß an Rosenthal, Wettbewerbsgesetz (4) 64 folgender Leitsatz aufgestellt: „Zum Nachweise der Wiederholungsgefahr reicht im allgemeinen die Tatsache aus, daß ein widerrechtliches Verhalten vor Erhebung der Klage bereits verwirklicht worden ist. Hieraus ergibt sich die Wahrscheinlichkeit einer Wiederholung der Rechtsverletzung." Ferner hat der 2. Sen. des RG. und es haben viele Urteile der Oberlandesgerichte die Frage der Wiederholungsgefahr wesentlich anders behandelt, als dies der 6. Sen. in seinen neueren Urteilen — und zwar unter Umgehung des § 137 GVG. — tut. Der 2. Sen. des RG. hat insbesondere betont, daß die Wiederholungsgefahr schon dann besteht, wenn der Beklagte im Prozesse seine Behauptungen aufrechterhält und Beweis dafür antritt. In **RG. 60** 6 ist schon die Säumnis des Beklagten, im Prozesse seiner veränderten Überzeugung Ausdruck zu geben, als ausreichend zur Feststellung der Wiederholungsgefahr angesehen worden. Das gleiche gilt für ein Verhalten des Beklagten, mit dem er das Recht zur Fortsetzung seiner Handlung für sich in Anspruch nimmt. Auch beseitigt das Versprechen des Beklagten, die Handlung fortan zu unterlassen, keineswegs ohne weiteres die Wiederholungsgefahr und stellt also den Kläger nicht klaglos. Das gleiche gilt für den Widerruf einer kreditgefährdenden Behauptung (s. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 494; Rosenthal, LeipzZ. **10** 588, **11** 888, **12** 608). Vgl. Neukamp, JW. **15** 113.

l) **RG.** MschutzuWettbew. **13** 322. Der Anspruch auf Unterlassung übler Nachrede ist nicht vermögensrechtlich, der Anspruch aus § 824 wird in der Regel vermögensrechtlich sein. Berechnung des Streitwerts.

m) Verschulden. α. **RG.** WarnE. **14** 28. Für den Anspruch auf Unterlassung kommt es im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch nicht darauf an, ob Verschulden des Beklagten oder ein berechtigtes Interesse vorliegt; es genügt, daß die Unwahrheit der behaupteten Tatsache feststeht.

β. **RG.** R. **14** Nr. 619. Auf Unterlassung kreditschädigender Behauptungen kann der Verletzte auch dann klagen, wenn den Verbreiter kein Verschulden trifft und wenn dieser bei den früheren Störungen berechtigte Interessen wahrgenommen hat.

γ. **RG.** JW. **15** 29, WarnE. **15** 25. Demjenigen, dessen Kredit, Erwerb oder Fortkommen durch Behauptung unwahrer Tatsachen gefährdet werden, steht ein Anspruch auf Unterlassung auch dann zu, wenn die Behauptung nicht vorsätzlich oder fahrlässig geschehen ist.

δ. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 159. Keine Klage auf Unterlassung einer kreditschädigenden Behauptung (Kläger solle schon mit dem Strafgesetz in Konflikt gekommen sein) bei fehlendem subjektiven Verschulden. § 1004 kommt nicht in Frage,

weil die für den Schutz von Rechten gegebenen Vorschriften nicht ohne weiteres auf Rechtsgüter zu übertragen sind.

ε. **RG.** R. **14** Nr. 42. Mit der Unterlassungsklage kann für Ehre, Kredit, Erwerb und Fortkommen Schutz begehrt werden auch dann, wenn der Gegner für seine Äußerung sich zunächst auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinne des § 824 Abs. 2 berufen kann.

ζ. OLG. **28** 272 (Breslau). Klage auf Unterlassung der Äußerung, der Kläger müsse zumachen, ein Konkurrent mache ihn tot. Das Schuldmoment kommt nicht in Betracht.

η. OLG. **28** 272 (KG.). Klage auf Unterlassung einer unrichtigen Auskunft ist unzulässig, wenn Verschulden fehlt.

ϑ. WürttJ. **26** 27, R. **14** Nr. 1098 (Stuttgart). Eine Klage auf Unterlassung kreditschädigender Behauptungen ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 824, insbesondere Verschulden, vorliegen.

ι. OLG. **28** 287 (Hamburg). Bei mangelndem Verschulden kann wegen des Vorwurfes, der Kläger verkaufe zu Schleuderpreisen, auf Unterlassung nur in analoger Anwendung von § 1004 geklagt werden.

n) α. OLG. **28** 274 (Braunschweig). Klage auf Unterlassung künftiger Beleidigungen wird trotz der Möglichkeit, Privatklage zu erheben, wegen der Hartnäckigkeit des Beleidigers für zulässig erklärt.

β. KGBl. **14** 38 (KG.). Fortfall der zivilrechtlichen Unterlassungsklage, wenn die zu verbietende Handlung unter Strafschutz steht.

γ. HessRspr. **14** 338 (LG. Gießen). Im Fall fortgesetzter Beleidigung durch Zusendung von Schreiben strafbaren Inhalts ist die Unterlassungsklage zulässig.

o) **RG.** R. **14** Nr. 43. Auch eine Unterlassungsklage ist ausgeschlossen, wenn es sich nicht sowohl um die Wahrnehmung berechtigter Interesses, als vielmehr um die Ausübung im öffentlichen Recht oder um die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten handelt (**RG.** **78** 210, JW. **12** 209 Nr. 11, 587 Nr. 2, R. **12** Nr. 870). Eine solche Rechtsstellung nehmen jedoch Innungen und Innungsverbände nicht ein.

p) OLG. **28** 276 (KG.). Kein allgemeines Recht auf Wahrheit mit der Rechtsfolge einer Unterlassungsklage ohne weitere Voraussetzungen.

q) OLG. **28** 281 (KG.). Unterlassungsklage.

r) OLG. **28** 276 (KG.). Unterlassungsanspruch oder Feststellungsklage?

s) SeuffA. **69** 448 (Braunschweig). Unterlassungsklage wegen künftiger Beleidigungen.

t) HansGZ. **14** Beibl. 214 (Hamburg). Die Nachrede, ein Kaufmann genösse in seinen Kreisen keinen zweifelsfreien Ruf, begründet die Unterlassungsklage nicht, wenn die Nachrede den Tatsachen entspricht.

u) OLG. **28** 276 (KG.). Der bloße Hinweis auf zivilrechtliche Arglist rechtfertigt noch nicht eine Unterlassungsklage.

v) **RG.** HansGZ. 14 Beibl. 92. Zulässig ist Klage gegen die Reichspost auf Unterlassung der Behauptung, sie liefere Nebenanschlüsse besser als die Privatindustrie, nicht dagegen eine Klage, die der Post verbietet, bestimmte Anschlüsse herzustellen.

w) α. SeuffA. **69** 449 (Dresden). Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zwecks Verbots kreditgefährdender Behauptungen abgelehnt, weil nicht dargetan, daß die ehrenrührigen Beschuldigungen außerhalb der Grenze des § 193 StGB. liegen.

β. SeuffA. **70** 21 (München) ein ähnlicher Fall.

7. Vertragshaftung und Haftung aus unerlaubter Handlung (JDR. **12** §§ 823 ff. Ziff. 5).

a) Josef, BadRpr. 14 94. I. Wird eines der im § 823 Abs. 1 bezeichneten

Rechtsgüter gegenüber mehreren durch eine Handlung verletzt, die sich gegenüber dem einen Verletzten als bloße unerlaubte Handlung, dem anderen gegenüber als Verletzung einer Vertragspflicht darstellt, so befreit sich der Ersatzpflichtige dem ersteren gegenüber durch den im § 831 Abs. 1 Satz 2 nachgelassenen Entlastungsbeweis, während ihm dem anderen Verletzten gegenüber dieser Entlastungsbeweis durch § 278 versagt ist. Ebenso kann, wenn mehrere Personen zum Schadensersatz aus derselben Handlung verpflichtet sind, dem einen von ihnen dieser Entlastungsbeweis zustehen, während er dem anderen versagt ist, weil er zum Verletzten in einem Vertragsverhältnisse steht. — II. Nicht jeder Kellner ist jedem Gast gegenüber Erfüllungsgehilfe des Wirtes, sondern dieser erfüllt seine Verbindlichkeit durch einen bestimmten Kellner. Wird also eine Schädigung des Gastes herbeigeführt durch einen Kellner, der den Gast gar nicht bedient, so ist der Wirt nur aus § 831, nicht aber aus § 278 schadensersatzpflichtig. — III. Überträgt der Wirt einem Kellner die Verwahrung von Waffen, so bedient er sich dieses Kellners zur Erfüllung der ihm gegenüber den Gästen obliegenden Pflicht, die Gasträume in verkehrssicherem Zustand zu erhalten, so daß er für Verschulden des Kellners nach § 278 haftet. Steht dagegen der Kellner mit der Verwahrung der Waffe in keiner Beziehung und verletzt er durch unbefugte Befassung mit ihr Gäste, so liegen die Voraussetzungen des § 278 nicht vor, und es kann eine Haftung des Wirtes nur aus § 831 in Frage kommen. — IV. Behauptet der Verletzte, daß zwischen ihm und dem Beschädiger ein Vertragsverhältnis besteht, durch dessen Verletzung die Beschädigung verursacht sei, und bietet der Tatbestand, auch wenn man von dem Vertragsverhältnis absieht, die Voraussetzung des § 823 Abs. 1, so kann der Verletzte die ihm günstigere Rechtslage geltend machen; er kann also auch diejenigen Ansprüche geltend machen, die die zugleich vorliegende unerlaubte Handlung des Beklagten erzeugt. Sonach kann der Gast, der die Kegelbahn gegen Entgelt, also auf Grund Vertrags, benutzt und durch den mangelhaften Zustand der Kegelbahn verletzt wird, auch Schmerzensgeld (§ 847) vom Gastwirt verlangen, der andererseits gemäß § 278 für Verschulden Dritter haftet. Das gleiche gilt, wenn der Mieter infolge des mangelhaften Zustandes der Wohnung einen Schaden erleidet. Wenn dagegen eine Handlung nur dadurch zu einer unerlaubten wird, daß sie bei Erfüllung des unter Parteien geschlossenen Vertrags geschah, so haftet der Ersatzpflichtige nur nach Vertragsrecht.

b) Kraft, VerwA. **22** 33, erörtert die Haftpflicht bei den Wohlfahrtsanstalten (Krankenhäusern, Schulen, Badeanstalten, Vergnügungsparken, Gerichtsgebäuden, Schlachthäusern, Sparkassen), insbesondere unter dem Gesichtspunkt, ob ein Vertragsverhältnis besteht oder ein bloß außerkontraktliches. Bei Anstalten, die in Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung gegründet sind (Volksschulen, nicht höhere Lehranstalten), kann eine vertragsmäßige Haftung nicht eintreten. Die Schadensersatzansprüche der Beamten richten sich aber fast immer nach Vertragsrecht.

c) α. **RG. 83** 71, JW. **13** 976, SeuffA. **69** 220. Die Aufnahme eines zahlungsfähigen Kranken in eine besondere Pflegeklasse eines städtischen Krankenhauses begründet ein Vertragsverhältnis zwischen dem Kranken und der Stadt (**RG. 64** 231). Für Kunstfehler des Personals haftet die Stadt daher nach § 278, nicht nach § 831.

β. SeuffA. **69** 222 (Dresden). Unterbringung eines Armen in einer städtischen Anstalt begründet kein Vertragsverhältnis zwischen dem Armen und der Stadtgemeinde. Für Versehen des Personals haftet die Stadt nach § 831.

γ. RheinA. **111** 60 (LG. Elberfeld). Bei Benutzung der Einrichtungen eines städtischen Schlacht- und Viehhofs (Stallungen) kommt zwischen den Benutzenden und der Eigentümerin kein Vertragsverhältnis zustande.

d) **RG.** JW. **14** 759, PosMSchr. **14** 68, LeipzZ. **14** 1716, R. **14** Nr. 2442. Bei Verletzung eines Warenhausbesuchers durch einen umfallenden Gegenstand kann die Haftung des Warenhausbesitzers, wenn der Unfall sich nicht bei bestimmten Kauf-

verhandlungen ereignete, nur auf unerlaubte Handlung, nicht auch auf Vertrag gegründet werden.

e) SchlHolstAnz. **14** 281 (Kiel). Haftung eines Gastwirts für den Zustand einer Kegelbahn. Eine Haftung aus unerlaubter Handlung des Beklagten kommt nicht in Frage, da hier ein Vertragsverhältnis vorgelegen hat.

f) **RG.** JW. 14 83, WarnE. **14** 22, R. **14** Nr. 39. Der Besitzer eines Kurhauses haftet seinen Gästen, wenn sie an den in seinen landwirtschaftlichen Scheunen aufgestellten Geräten Schaden erleiden, aus unerlaubter Handlung (dagegen nicht aus Vertrag).

g) HansGZ. **14** Beibl. 105 (Hamburg). Der Inhaber eines Ladens haftet Kunden, die noch nicht in Verkaufsverhandlungen eingetreten sind, nur aus Delikt.

h) **RG.** WarnE. **14** 380. Anspruch gegen den Eisenbahnfiskus aus dem Beförderungsvertrag und dem HaftpflG., wenn ein Fahrgast bei einer Nachtfahrt sich eine Erkrankung zuzieht, weil der Wagen nicht genügend geheizt ist. — Welche Eisenbahndirektion vertritt den beklagten Fiskus, wenn die Fahrt mehrere Direktionsbezirke berührt hat?

i) SchlHolstAnz. **14** 122 (Kiel). Der Staat, der eine Wasserstraße, wie den Kaiser-Wilhelm-Kanal, dem Verkehr eröffnet, haftet bei der Beobachtung der für die Durchführung und Sicherung des Verkehrs erforderlichen Maßregeln nur aus unerlaubter Handlung. Urt. des RG. s. unter § 831 Ziff. 12 n.

8. Verletzung der vertraglich übernommenen Verkehrspflicht.

a) **RG.** PosMSchr. **14** 38 s. schon JDR. **12** Ziff. 6.

b) **RG.** R. **14** Nr. 618. Im Urt. R. **13** Nr. 1943 hat der VII. Zivilsen. eine von den Urt. R. **11** Nr. 325, **10** Nr. 1944, Soergel **06** 228 Nr. 44 anscheinend abweichende Rechtsansicht bez. der Frage ausgesprochen, ob die vertragliche Übernahme der Verkehrssicherungspflicht eine deliktische Haftbarkeit begründet. Die Einholung der Plenarentscheidung erschien jedoch nicht geboten; denn der VII. Zivilsen. hat die deliktische Haftbarkeit nicht schlechthin verneint, sondern nur angenommen, daß im Sinn des Versicherungsvertrags, durch den eine Person sich gegen die Folgen einer gesetzlichen Haftpflicht versichert hatte, die durch Vertrag übernommene Verkehrsverpflichtung eine gesetzliche Haftung des Vertragspflichtigen gegen Dritte nicht begründe.

c) **RG. 84** 188, R. **14** Nr. 1096. Für die Verletzung einer Vertragspflicht ist dem Dritten, dadurch Beschädigten, auch derjenige verantwortlich, der durch Vertrag gegenüber dem an sich Verpflichteten die Verkehrspflicht übernommen hat.

d) **RG.** LeipzZ. **14** 764. Wer vertraglich einem anderen gegenüber an dessen Stelle die Erfüllung einer Verkehrspflicht übernommen hat, haftet auch der Allgemeinheit, Dritten gegenüber aus unerlaubter Handlung wegen schuldhafter Verletzung der übernommenen Pflicht.

9. Konkurrenz mit Vertragsansprüchen (JDR. **12** §§ 823 ff. Ziff. 7).

a) **RG.** RheinA. **111** 40. Kommen in einer Anstalt, die sich zur Aufnahme pflege- und bewachungsbedürftiger Personen der Allgemeinheit zur Verfügung stellt, Sorgfaltsverletzungen gegenüber diesen Personen vor, so liegt darin nicht nur eine Vertragsverletzung gegenüber dem Kranken, sondern auch gleichzeitig eine unerlaubte Handlung, die den Angehörigen ein selbständiges Recht auf Schadensersatz verschafft.

b) **RG.** HessRspr. **15** 186, R. **14** Nr. 2654. Es ist daran festzuhalten, daß der Arzt seinen selbst zu behandelnden Patienten für schuldhafte Kunstfehler nicht nur aus Vertrag, sondern zugleich auch aus unerlaubter Handlung haftet. Die Entsch. des erk. Sen. vom 14. März 1911 (**RG. 68** 431, JW. **11** 449, R. **11** Nr. 1741) enthält nicht den im AZivPr. **108** 455 abgedruckten Schlußsatz: Wo solche Einwilligung

besteht, kann der Arzt dem Patienten gegenüber aus dem Kunstfehler nur nach den Vertragsgrundsätzen, also nicht auf Schmerzensgeld haften.

c) EisenbE. **30** 213 (Dresden) s. schon JDR. **12** §§ 823 ff. Ziff. 7 b.

d) **RG.** R. **14** Nr. 36. Wenn durch dieselbe Handlung, die die Verletzung eines Vertrags darstellt, auch die allgemeinen Rechtspflichten verletzt werden, die jedem gegen jeden obliegen, so ist zugleich auch der Tatbestand der unerlaubten Handlung gegeben.

e) SchlHolstAnz. **14** 53 (Kiel). Ist die Haftung für Fahrlässigkeit vertraglich ausgeschlossen, so findet wegen der Fahrlässigkeit auch keine Deliktshaftung statt.

10. Beweislast (JDR. **12** §§ 823 ff. Ziff. 8).

a) **RG.** HansGZ. **14** Beibl. 127, R. **14** Nr. 1983. Der Prima-facie-Beweis für das subjektive Verschulden des Schädigers greift nicht Platz, wenn die „Möglichkeit" eines anderweitigen Kausalzusammenhanges besteht.

b) **RG.** WarnE. **14** 78, R. **14** Nr. 2066. Ist die Ursache eines Bahnunfalls fehlerhafte Beschaffenheit des Materials (alter Schienenbruch), so kann ein Verschulden der Angestellten vermutet werden.

11. Umfang des Schadens (JDR. **12** §§ 823 ff. Ziff. 9).

a) **RG.** LeipzZ. **14** 1623, WarnE. **14** 217. Zu dem Schaden, den der Urheber einer beleidigenden Zeitungsannonce dem Beleidigten zu ersetzen hat, gehören auch die Kosten des Prozesses, den der Beleidigte gegen einen Dritten als den vermeintlichen Urheber angestrengt, aber verloren hat.

b) OLG. **28** 272, DJZ. **14** 381 (KG.). Ein Anspruch auf Rücknahme von Beleidigungen kann für das geltende Recht nicht anerkannt werden.

c) **RG.** WarnE. **14** 216. Der Anspruch auf Widerruf einer beleidigenden Anzeige ist nicht vermögensrechtlich, macht daher die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig.

12. **RG.** **82** 199, SeuffA. **69** 139. Wegen körperlicher Verletzung eines infolgedessen in den Ruhestand versetzten Beamten hat der Staat keinen Anspruch auf Erstattung des Ruhegehalts.

13. **RG.** **84** 131, SeuffA. **69** 345, JW. **14** 526, R. **14** Nr. 740. Ein Wiederherstellungsanspruch aus unerlaubter Handlung ist auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist noch zulässig.

§ 823. I. Abs. 1. 1. Josef, SächsRpflA. **14** 271. a) Der bei Ansprüchen aus § 823 an sich dem Kläger obliegende Beweis eines Verschuldens des Beklagten ist zunächst genügend erbracht, wenn in den Räumen des Beklagten ein die Verkehrssicherheit gefährdender Zustand bestand; der Beklagte hat dann seine Schuldlosigkeit an jenem Zustand nachzuweisen. Dieser Nachweis ist geführt, wenn die Ehefrau des Beklagten bei Verrichtung der ihr nach § 1356 Abs. 2 obliegenden häuslichen Arbeiten den gefährdenden Zustand geschaffen hat. Bei diesen Arbeiten handelt die Frau nicht als Vertreterin des Mannes, sondern in Ausübung einer ihr selbständig obliegenden Tätigkeit, für die der Mann mangels mitwirkenden eigenen Verschuldens nicht verantwortlich ist. b) Die tatsächliche Verfügungsmacht, die der Frau kraft ihrer Verpflichtung zur Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens (§ 1356 Abs. 1) zusteht, verpflichtet sie zu einer billigen Rücksichtnahme auf Dritte, soz. B. zur Beseitigung schadhafter Möbel, durch die andere gefährdet werden können. Die Verletzung dieser Pflicht enthält den Tatbestand einer unerlaubten Handlung, die die Frau aus § 823 schadensersatzpflichtig macht. c) Das beim gesetzlichen Güterstand und bei der Gütergemeinschaft kraft Gesetzes eintretende Verwaltungsrecht des Mannes begründet für ihn die Verpflichtung, für den verkehrssicheren Zustand des von der Frau eingebrachten oder zum Gesamtgut gehörenden Grundstücks zu sorgen, und der Mann haftet nach Maßgabe des § 831 für Verschulden der Frau, wenn er ihr die Erfüllung der Beleuchtungs- und Streupflicht überläßt. Ist das der Frau

gehörige Grundstück Vorbehaltsgut oder besteht unter den Eheleuten Gütertrennung, stehen also dem Mann an dem Grundstücke keine Rechte zu, so liegt ihm die Sorge für die Verkehrssicherheit grundsätzlich nicht ob. Insoweit indes die Eheleute auf einem solchen Grundstück wohnen, ist die Sorge für die Verkehrssicherheit eine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit im Sinn des § 1354; folglich steht die Entscheidung über die zur Herbeiführung der Verkehrssicherheit erforderlichen Maßnahmen dem Mann zu, und es liegt ihm danach die Verpflichtung zu diesen Maßnahmen bei eigener Haftbarkeit ob. Das gleiche gilt in allen Fällen, wenn die Frau dem Mann die Verwaltung des Grundstücks überlassen hat.

2. **RG. 84** 338, JW. **14** 868 Nr. 9. Die Zollbehörde bzw. der durch sie vertretene Staat haftet aus öffentlich-rechtlicher Verwahrungspflicht für den vollen Wert eines gestohlenen Pakets, auch wenn dessen Wertangabe niedriger war.

3. Körperverletzung (JDR. **12** Ziff. 7).

a) **RG.** JW. **14** 759. Für den Begriff der fahrlässigen Körperverletzung genügt es, daß der Beklagte bei der gebotenen Überlegung vorauszusehen vermochte, daß ein Mensch infolge der unterlassenen Verwahrung der Kammräder Schaden nehmen könne.

b) **RG.** JW. **15** 26. Auch Verfehlungen gegen die durch die Ehe begründeten Pflichten, welche bei dem anderen Ehegatten ein Nervenleiden und einen auf dem Gebiet der Gedankentätigkeit, des Gemütslebens und der Willenskraft nachweisbaren geistigen Schwächezustand auslösen, können einen Anspruch aus § 823 BGB. begründen.

c) Ärzte (JDR. **12** Ziff. 7 c).

α. Ebermayer, LeipzZ. **14** 1079. Haftung des Arztes bei operativen Eingriffen ohne Einwilligung legitimierter Personen.

β. **RG.** SeuffA. **69** 154. Hat der Kranke die Operation vornehmen lassen, nachdem der Arzt erklärt hatte, daß er die Operation je nach dem Stand des Leidens ausdehnen müsse, so liegt Einverständnis mit der Ausdehnung vor.

d) Züchtigung fremder Kinder (JDR. **12** Ziff. 7 d).

α. LeipzZ **14** 1143 (Frankfurt). Jedermann ist befugt, Kinder zu züchtigen, wenn sie Zuchtlosigkeiten begehen, welche die öffentliche Ordnung, das sittliche Empfinden der Allgemeinheit als solches, das Publikum zu verletzen geeignet sind. Vgl. DJZ. **13** 296 (Jena).

β. SchlHolstAnz. **14** 247 (Kiel). Ohne das Vorliegen von Notwehr ist ein Züchtigungsrecht gegenüber fremden Kindern nicht anzuerkennen.

e) Lehrer (JDR. **12** Ziff. 7 e).

α. **RG.** JW. **14** 470. Ein Lehrer, der einem Schüler gestattet, eine Pistole, auf der Zündhütchen abgeschossen werden können, zu einem Ausflug mitzubringen, verletzt nicht seine Aufsichtspflicht, wenn er ihm vorher ausdrücklich erklärt hat, wie er mit der Pistole umzugehen hat, und dann der Schüler nicht beim Schießen, sondern beim Auseinandernehmen der Pistole einen Mitschüler verletzt.

β. **RG.** R. **14** Nr. 2658. Beauftragt ein Lehrer 11—12 jährige Dorfknaben, lange Bohnenstangen über eine freistehende Leiter durch eine Luke auf einen nur schwach beleuchteten Stallboden zu schaffen, wobei sich wegen dieser besonders gefährlichen örtlichen Verhältnisse leicht Unfälle oder Verletzungen ereignen können, so hat er sie in wirksamer Weise überwachen zu lassen.

4. Eigentum (JDR. **12** Ziff. 8).

a) OLG. **28** 243 (Rostock). Unbefugte Benutzung eines fremden Kraftwagens macht für jeden auf der Fahrt entstandenen Defekt haftbar.

b) OLG. **28** 245 (München). Ist nach Landesrecht die Tötung wildernder Hunde durch den Jagdberechtigten erlaubt, so entfällt die Haftung aus § 823 mangels Widerrechtlichkeit.

5. Sonstiges Recht (JDR. 12 Ziff. 9).

a) **RG.** BankA. 13 373, HansGZ. 14 Hauptbl. 145, R. 14 Nr. 984, 349. Eine Girobank ist verpflichtet zu prüfen, ob diejenigen Kunden, die die Eröffnung eines Girokontos beantragt haben, zur Führung des von ihnen angegebenen Namens oder der angegebenen Firma berechtigt sind (Firma als sonstiges Recht). Das Urteil des OLG. Hamburg vgl. BankA. 13 206, HansGZ. 14 Hauptbl. 37.

b) **RG.** 83 390, JW. 14 246. Schadensersatzpflicht wegen Verletzung des Einlösungsrechts aus § 1249.

c) **RG.** R. 14 Nr. 923. Wer eine ihm an Zahlungs Statt rechtswidrig abgetretene Hypothek an einen Gutgläubigen weiter veräußert, obwohl er nachträglich Kenntnis von der Rechtsunwirksamkeit der Übertragung seitens seines Schuldners erlangt hatte, haftet dem ursprünglichen Hypothekeninhaber auch für den dem Schuldner bar behändigten Überschuß.

d) α. **RG.** R. 14 Nr. 344. Zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 ist auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb zu rechnen. Eine Verletzung dieses Rechtes liegt aber nur bei einem Eingriff vor, der sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richtet.

β. **RG.** R. 14 Nr. 38. Die Verletzung eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als eines Rechts im Sinn des § 823 Abs. 1 kann nur dann angenommen werden, wenn der Eingriff sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richtet, sei es, daß Betriebshandlungen tatsächlich gehindert werden, sei es, daß die Schließung des Betriebs angestrebt, seine Unzulässigkeit behauptet oder seine Untersagung verlangt wird, dagegen nicht, wenn lediglich die Aussichten auf weitere Geschäftsabschlüsse, lohnenden Absatz und ähnliches beeinträchtigt worden sind.

γ. OLG. 28 237 (Frankfurt). Klage eines Gastwirts gegen eine Gemeinde, weil er in seinem Gewerbebetrieb durch eine infolge von schlechten Wasserverhältnissen hervorgerufene Typhusepidemie geschädigt war. Abweisung.

e) OLG. 28 248 (Frankfurt). Schadensersatzklage der Hypothekengläubiger, wenn bei Umwandlung eines Grundstücks in Straßenland ihre Entschädigung unterbleibt.

f) OLG. 28 230 (Posen). Das Recht des Hypothekengläubigers auf Auszahlung des Versteigerungserlöses ist als Surrogat der Hypothek ein sonstiges Recht im Sinn von § 823.

g) Recht zur Sache. *Dickel, Rechtsf. Erl. Heft 3, 101 ff., betrachtet das Recht zur Sache nicht, wie es gewöhnlich geschieht, als ein verstärktes obligatorisches Recht, sondern nach der deutschrechtlichen Entwicklung als ein abgeschwächtes dingliches Recht.

6. Haftung für Wege, Straßen und Verkehrsorte (JDR. 12 Ziff. 11).

a) Kraft, GruchotsBeitr. 58 101 ff., 383 ff., Wegehaftpflicht insbesondere S. 383 ff.

b) **RG.** BayRpflZ. 14 149, WarnE. 14 482, R. 14 Nr. 2261. Läßt der Fiskus eine Wegverlegung durch einen Generalunternehmer ausführen, so muß er trotz Übernahme der Wegsicherungen durch den Unternehmer sich selbständig um die Sicherungsmaßnahmen kümmern.

c) **RG.** R. 14 Nr. 197. Einer Stadtgemeinde liegt die Pflicht ob, diejenigen Anordnungen zu treffen, welche die erforderliche Beaufsichtigung der städtischen Bauarbeiten regelmäßig zu gewährleisten geeignet sind, und sodann die Pflicht zu genügender allgemeiner Kontrolle der Organisation und der Amtstätigkeit ihrer Baubeamten, um den Vollzug, die Angemessenheit und das Zureichen jener Anordnungen fortlaufend zu erproben und sicherzustellen.

d) **RG.** BayRpflZ. 14 149, WarnE. 14 482. Wenn ein ordnungswidriger und

verkehrsgefährlicher Zustand einer öffentlichen Straße längere Zeit hindurch bestand und in den Tagesblättern des Ortes über ihn Beschwerde geführt wurde, ist Haftung der Gemeinde begründet, ohne daß es noch der Feststellung der Einzelperson des schuldhaft handelnden Vertreters bedarf, weil eben nach der Sachlage das Verschulden irgendeines Vertreters vorliegen muß.

e) **RG.** WarnE. **14** 337. Es ist Sache der Stadtgemeinde, auch bei einer von der Militärbehörde angeordneten Sprengung für genügende Absperrung zu sorgen.

f) **RG.** R. **14** Nr. 1982. Bilden die Zufahrtsrampen zu einer Fähre mit den beiderseitigen Zufahrtsstraßen einen einheitlichen Straßenzug, so sind sowohl der Unternehmer der Fähre als auch die Eigentümer der Zufahrtsstraßen verpflichtet, den Verkehr gegen die Gefahren zu sichern, die — besonders nachts — durch die schräg zum Ufer abfallenden Rampen drohen.

g) **RG.** JW. **14** 757. Dem Eigentümer eines umfangreichen Grundbesitzes kann nicht zugemutet werden, daß er jeden einzelnen Baum auf seinem Grundbesitz persönlich untersucht. Überläßt er die Entscheidung, welche Bäume wegen ihres Zustandes als verkehrsgefährdend zu fällen waren, nicht dem Förster allein, sondern nahm er an der Entscheidung teil, so trifft ihn nicht ohne weiteres die eigene Verantwortung, sondern nur sofern festgestellt werden kann, daß er die Prüfung der Bäume durch den Förster als unzulänglich hätte erkennen müssen. (Das Urteil des OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **14** 36, ist aufgehoben.)

h) **RG. 84** 86. In Elsaß-Lothringen ist für eine gegen den Landesfiskus wegen mangelhafter Unterhaltung öffentlichen Gutes auf Grund der §§ 823, 31, 89 BGB. erhobene Schadensersatzklage der Rechtsweg zulässig.

i) OLG. **28** 256 (München). Zur Sicherung des Verkehrs auf den Straßen brauchen nur Vorkehrungen getroffen zu werden, die für den regelmäßigen Verkehr erforderlich sind. Unverhältnismäßig kostspielige Aufwendungen können der Stadtgemeinde nicht zugemutet werden.

k) HansGZ. **14** Beibl. 73 (Hamburg). Ein Dampfschiffs-Landungssteg muß nicht nur den normalen Verkehr berücksichtigen, sondern auch einem zu erwartenden stärkeren Verkehr Rechnung tragen.

l) HansGZ. **14** Beibl. 207 (Hamburg). Es kann nicht verlangt werden, daß alle Straßen derart eingerichtet werden, daß Unfälle überhaupt nicht passieren können.

m) α. OLG. **28** 259 (München). Ein allgemein benutzter Vorplatz zu einer Dorfschmiede ist nicht dem allgemeinen Verkehr eröffnet.

β. OLG. **28** 260 (Hamburg). Keine Haftung für Verkehrssicherheit, wenn die Benutzung einer Schute nur einem bestimmten Personenkreise gestattet war.

n) ElsLothJZ. **14** 177 (Colmar). Keine Schadensersatzpflicht einer Gemeinde wegen Unterdrückung oder mangelhafter Unterhaltung eines Gemeindefeldwegs.

o) SchlHolstAnz. **14** 283 (Kiel). Über die Anforderungen, die an die Einrichtungen in einem Hafen hinsichtlich der Sicherheit für die dort anlegenden Schiffe zu stellen sind.

p) OLG. **28** 255 (Hamburg). Haftung der Gemeinde für ein durch einen Baum hervorgerufenes Verkehrshindernis.

7. Haftung der Hauseigentümer, Vermieter und Gastwirte (JDR. **12** Ziff. 12, vgl. auch oben §§ 823 ff. Ziff. 7, § 823 Ziff. 1 u. 6 u. § 831).

a) Delius, DJZ. **14** 206, gibt einen Überblick über die Rechtsprechung des RG. auf dem Gebiet über die Haftung für Verkehrssicherheit und kommt zu dem Ergebnis, daß auf die Dauer eine gesetzliche Regelung unentbehrlich sei. Er schlägt eine Haftung ähnlich der Tierhalterhaftung des alten § 833 vor.

b) Josef, SächsRpflA. **14** 371, bespricht die Haftung des Gastwirts für die Verkehrssicherheit einer Kegelbahn unter Berücksichtigung der Rechtsprechung.

c) **RG.** JW. **14** 925, R. **14** Nr. 2443. Die allgemeine Rechtspflicht des Gastwirts zur Sicherung des von ihm eröffneten Verkehrs bezieht sich auch auf die von Sitzplätzen eingenommenen Teile des Wirtschaftsraums, und zwar erstreckt sich seine Verantwortlichkeit nicht nur auf die bauliche Beschaffenheit der Räume, sondern auch auf ihre Einrichtung und auf die Gefahren, die den Verkehrenden aus dem Wirtschaftsverkehr erwachsen. (Verletzung eines Gastes durch Billardspieler infolge Raummangels.)

d) **RG.** BayRpflZ. **14** 101. Bei ländlichen und kleinstädtischen Wirtschaften sind im allgemeinen geringere Anforderungen an die Beleuchtung der Zugänge zu den Wirtschaftsräumen zu stellen.

e) **RG.** BayRpflZ. **14** 426. Der Wirt haftet nicht für Verkehrssicherheit der dem Verkehr nicht freigegebenen Nebenräume. Der Kläger war in der Neujahrsnacht aus dem Tanzsaal in den Lichthof gegangen, dort an ein Fenster des Wirtschaftssaals getreten, um seine Bekannten durch das Fenster zu beglückwünschen, und in den unter dem Fenster befindlichen unbedeckten Lichtschacht gestürzt.

f) **RG.** BayRpflZ. **15** 41. Ein Hauseigentümer, der die Treppe nicht durch einen berufsmäßigen Anstreicher oder durch eine mit dieser Arbeit sonst vertraute Person anstreichen läßt, muß die Arbeit überwachen.

g) **RG.** R. **14** Nr. 204. Durch die Bestellung eines Hausverwalters wird der Eigentümer eines Miethauses nicht der eigenen Sorgfaltspflicht enthoben.

h) **RG.** JW. **14** 677, BayRpflZ. **14** 300, LeipzZ. **14** 1664. Ein Hauswirt, der Hausausbesserungen vornehmen läßt, muß sich selbst oder durch den Portier vergewissern, ob die am Tage benutzten Leitern nachts auf den Treppen verkehrshindernd herumliegen.

i) **RG.** LeipzZ. **14** 1029, BayRpflZ. **14** 101. Der Hauseigentümer (Vermieter) muß bei außergewöhnlich strenger Kälte ganz besonders dafür sorgen, daß auf den Treppen und Vorplätzen des Miethauses nicht durch nasses Aufwischen von Linoleum gefahrbringende Eisbildungen entstehen, und hat erforderlichenfalls in dieser Beziehung den Dienstboten besondere Anweisungen zu erteilen.

k) **RG.** R. **14** Nr. 203. Der im Hause wohnende, die Treppe täglich mehrmals benutzende Hauseigentümer kann sich nicht damit entschuldigen, daß er eine sichtbare Loslösung der Laufstange nicht wahrgenommen habe.

l) **RG.** R. **14** Nr. 1833. Schlechte Beleuchtung und Fehlen einer Schutznische für den Kegeljungen verursacht dessen Verletzung auch dann, wenn sie gleich nach dem Aufsetzen des letzten Kegels erfolgt, während der Junge die Seitenwand erklettert.

m) **RG.** R. **14** Nr. 1834. Die Beleuchtung einer Kegelbahn muß nicht nur die Kegel selbst, sondern auch das Verhalten der Kegeljungen innerhalb der Bahn genügend vom Standpunkt der Kegler erkennen lassen.

n) ElsLothJZ. **14** 13 (Colmar). Keine Haftung des Hauseigentümers für den von einem Straßenpassanten durch Sturz über die offene Falltür der vermieteten Wirtschaft erlittenen Schaden.

o) ElsLothJZ. **14** 401 (Colmar). Wenn bei Regenwetter am Eingang des Warenhauses Sägemehl gestreut ist, hat der Besitzer die ihm obliegende Pflicht, für die Verkehrssicherheit des Publikums zu sorgen, erfüllt.

p) OLG. **28** 258 (Braunschweig). Kellerlichtschachte müssen durch unbewegliche Gitter verwahrt werden.

q) OLG. **28** 261 (KG.). Keine Verpflichtung des Vermieters, nach Toresschluß den Hof in glatteisfreiem Zustand zu erhalten.

r) **RG.** BayRpflZ. **14** 100. Der Vermieter, der dem Mieter gegenüber Reparaturen im Flure vertraglich übernommen hatte und zur Zeit des Unfalls noch ausführen ließ, haftet für Verkehrssicherheit, auch wenn das ganze Haus dem Mieter vermietet war.

8. Haftung des Mieters (vgl. auch oben §§ 823 ff. Ziff. 8).

a) **RG. 83** 137, JW. **14** 34. Für die baulichen Mängel einer innerhalb der gemieteten Räume gelegenen Treppe haftet der Mieter den Personen, denen er die Benutzung gestattet oder zumutet.

b) **RG.** BayRpflZ. **14** 100. Beim Mieten eines ganzen Hauses geht regelmäßig die Sorge für die Verkehrssicherheit der Treppen und Flure auf den Mieter über.

c) BadRpr. **14** 67 (Karlsruhe). Für gefahrlosen Verkehr in der Wohnung haftet Wohnungsinhaber nur nach Vertragsrecht oder gemäß § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 230 StGB.

9. Streupflicht (JDR. **12** Ziff. 13 u. frühere Zitate).

a) **RG.** SchlHolstAnz. **14** 42, R. **14** Nr. 40. Für die Frage, ob ein Straßenteil bei Winterglätte bestreut werden muß, kommt es auf das konkrete Verkehrsbedürfnis an. (Die Revision gegen das JDR. **12** Ziff. 13 l mitgeteilte Urteil ist zurückgewiesen.)

b) **RG.** RheinA. **111** 30. Von der polizeilich gebotenen Streupflicht bei Schneewetter tritt nur dann Befreiung ein, wenn das Streuen nutz- und zwecklos ist; andernfalls muß gestreut werden, um die Gefahren wenigstens zu mindern.

c) **RG.** JW. **14** 244. Unter Berufung auf die neuere Rechtsprechung des erk. Sen., insbesondere auf **RG. 76** 164 und JW. **12** 864, geht das Berufungsgericht davon aus, daß in Preußen durch Polizeiverordnung den Anliegern der städtischen Straßen, auch wenn sie ortsrechtlich (observanzmäßig) nicht zur Straßenreinigung verpflichtet sind, Sorge für Leben und Gesundheit auferlegt werden kann, die Schnee- und Eisglätte zu beseitigen. An den in Bezug genommenen Grundsätzen (vgl. auch JW. **11** 649, WarnE. **11** Nr. 474, **12** Nr. 23, **13** Nr. 11 und VI. 141/11, 30/12) ist festzuhalten.

d) WarnE. **15** 20. Von einer Überspannung der Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in einer kleinen Landgemeinde würde gesprochen werden können, wenn in einer den Verhältnissen der Gemeinde entsprechenden Weise gestreut worden wäre, der starke Wind aber ein so häufiges Nachstreuen erfordert hätte, daß dieses der Gemeinde nicht wohl zuzumuten war. — Duldet der Gemeindevertreter, der die Aufsicht über die mit der Streupflicht betrauten Beamten zu führen hat, den ordnungswidrigen Zustand, so wird Verschulden bis zum Nachweise des Gegenteils vermutet (**RG. 53** 276, JW. **06** 378, **10** 37 u. 333, **11** 95, WarnE. **08** Nr. 183, **09** Nr. 208, **12** Nr. 383).

e) **RG.** LeipzZ. **14** 763, EisenbE. **30** 87, R. **14** Nr. 482. Die Zugangstraße, die von einer Landstraße zu einem kleinen Bahnhof abzweigt, braucht bei Winterglätte nicht bestreut zu werden.

f) BadRpr. **14** 163 (Karlsruhe). Eine Landgemeinde ist nicht grundsätzlich zur Beleuchtung ihrer Ortsstraßen während der ganzen Dauer ihrer nächtlichen Dunkelheit ohne alle Einschränkungen verpflichtet.

g) WürttRpflZ. **14** 250 (Stuttgart). Auch für eine kleine Landgemeinde besteht eine Streupflicht bei Glatteis.

h) OLG. **28** 262 (KG.). Keine Streupflicht in frühen Morgenstunden.

i) OLG. **28** 261 (Dresden). Keine Streupflicht beim Abtauen von dem Dache.

k) BadRpr. **14** 107 (Karlsruhe). Die dem Hauseigentümer obliegende Streupflicht geht von ihm aus dann auf die Mieter über, wenn das Haus nicht in Teilen an mehrere Mieter, sondern im ganzen an einen einzelnen Mieter vermietet ist.

10. Ersatzansprüche aus Betrieben und Anlagen (JDR. **12** Ziff. 14, vgl. auch unter § 831).

a) Eisenbahnbetriebe. α. *v. Bezold, EisenbE. **30** 123—127. Die Schadensklage kann bei der Beschädigung fremder beweglicher Sachen durch Funkenflug der Eisenbahn in den Fällen, wo nicht der Grundeigentümer als solcher nach § 1004 BGB. Ersatzansprüche erheben kann (**RG. 58** 130), nur erhoben werden.

wenn dem Eisenbahnbetriebsunternehmer der Entlastungsbeweis hinsichtlich seiner Leute nicht gelingt oder wenn er bei seinem Betriebe Vorsichtsmaßregeln anzuwenden unterlassen hat, obwohl solche technisch möglich waren und wirtschaftlich der Bahn zugemutet werden konnten (s. auch unten § 1004 Ziff. 1).

β. **RG.** WarnE. **14** 380. Im Winter müssen jedenfalls in Zügen, die längere Strecken ohne Unterbrechung zurücklegen, die Wagen genügend geheizt werden.

γ. **RG.** EisenbE. **30** 223. Einen Rangiermeister, der, um nach dem Stand der bei dem Gleise stattfindenden Bauarbeiten zu sehen, auf ein Trittbrett des fahrenden Zuges steigt, trifft ein erhebliches eigenes Verschulden. Die Bahnverwaltung hat im Fall der Ausführung solcher Arbeiten für die Sicherung des Zugverkehrs zu sorgen.

δ. EisenbE. **30** 161 (Colmar). Ein Lokomotivführer, der in geringer Entfernung von einem scheuenden Pferde die Maschine Dampf ausströmen läßt, handelt schuldhaft.

b) Straßenbahnen. **RG.** R. **14** Nr. 2262. Bei Eis- und Schneeglätte haben die Straßenbahnverwaltungen nicht nur für das Bestreuen der Schienen mit Sand, sondern auch dafür zu sorgen, daß die Schienenrillen sich nicht durch Eis und Sand verstopfen und dadurch die Wagen zum Entgleisen bringen.

c) Omnibuskraftwagen. **RG.** EisenbE. **30** 43. Für Sachschäden, die durch unzweckmäßige Konstruktion ihrer Omnibuskraftwagen und ungenügende Ausbildung ihrer Führer herbeigeführt werden, ist die Omnibusgesellschaft ersatzpflichtig.

d) α. **RG.** JW. **14** 759, BayRpflZ. **14** 253, R. **14** Nr. 1835. Die Pflicht des Besitzers gefährlicher Maschinen oder Anlagen, sie an Orten, die Kindern zugänglich sind, sorgsam zu bewahren, bezieht sich nicht auch auf solche Örtlichkeiten, die nur zufällig von Kindern betreten werden können. In der hintersten Ecke eines dunklen Kellers haben Kinder nichts zu suchen.

β. **RG.** JW. **14** 80, WarnE. **14** 20. Ein Landwirt, der auch Sommergäste aufnimmt, muß mit Rücksicht auf die Kinder seiner Gäste eine Futterschneidemaschine unzugänglich machen oder mit Sicherheitsvorkehrungen versehen.

e) **RG.** JW. **14** 1037. Es ist unter allen Umständen eine Fahrlässigkeit, wenn jemand kleine Kinder unbeaufsichtigt in die Nähe gefährlicher Gegenstände, z. B. eines geschliffenen Beils, kommen läßt.

f) α. **RG.** R. **14** Nr. 2067. Ein an der Eingangstür einer Ziegelei angebrachtes Warnungsschild „Verbotener Eingang" genügt nicht, um die etwa eintretenden Personen vor einer Beschädigung durch den im Innern ungeschützt auf und ab gehenden Fahrstuhl zu sichern.

β. OLG. **28** 263 (Braunschweig). Der Brauch der Ziegeleien, die Karrendielen stets liegen zu lassen, ist zu mißbilligen.

g) BadRpr. **14** 187 (Karlsruhe). Haftung für einen beim Dreschmaschinenbetrieb vorgekommenen Unfall. (Mangelhafte Beschaffenheit der Schutzvorrichtung.)

h) **RG.** EisenbE. **30** 207 (JDR. **12** Ziff. 14 i).

i) Bauunternehmer (JDR. **12** Ziff. 14 h, vgl. auch oben Ziff. 6 u. § 831 Ziff. 9).

α. **RG.** ElsLothJZ. **14** 208, R. **14** Nr. 1411. Der Bauunternehmer kann sich zu seiner Entlastung nicht darauf berufen, daß die Zeichnungen, nach denen er zum Schutz des Publikums einen Bohlenbelag hergestellt hat, von der Eisenbahndirektion, der Polizeibehörde und dem Magistrate genehmigt worden seien und er die ihm von den Behörden aufgegebenen Sicherungsmaßregeln erfüllt habe.

β. **RG.** R. **14** Nr. 2236. Wenn ein Bauunternehmer eine mit gelöschtem Kalk gefüllte Kalkgrube dicht an einer öffentlichen Straße nachts unverwahrt läßt, so trifft ihn ein so grobes Verschulden, daß demgegenüber das eigene Verschulden des etwa angeheiterten Verletzten gänzlich zurücktritt.

γ. **RG.** R. **14** Nr. 2267. Um den Vollzug einer wichtigen und gefährlichen

Straßenabsperrung muß sich auch die Leitung einer großen Bauunternehmung selbst kümmern.

δ. OLG. 28 257 (Marienwerder). Absperrung von Baugruben.

ε. **RG.** R. **14** Nr. 2260. Auch auf einer Landstraße ist bei Bauarbeiten für Absperrung zu sorgen; die Beleuchtung der Fuhrwerke enthebt davon nicht.

ζ. **RG.** R. **14** Nr. 1418. Ein Bauunternehmer ist nicht dadurch entlastet, daß er mit der Leitung eines Baues einen tüchtigen, bewährten und zuverlässigen Obermonteur betraut hat; er muß vielmehr besondere Vorkehrungen treffen, daß nicht durch Lücken in der polizeilich vorgeschriebenen Schutzverschalung Gegenstände herunterfallen und Passanten verletzen.

η. **RG.** R. **14** Nr. 2873. Die Beantwortung der Frage, welche Vorsichtsmaßregeln bei einem Bau zu treffen sind, hängt von den Verhältnissen des einzelnen Falles ab.

k) Theaterunternehmer (JDR. **12** Ziff. 14 o). PosMSchr. **14** 66 (Posen). Haftung des Kinobesitzers für mangelhafte Beschaffenheit der Treppen in gemieteten Räumen.

l) α. **RG.** JW. **14** 926. Wer eine Eisfläche gegen Entgelt zum Schlittschuhlaufen freigibt, hat nicht nur vor Eröffnung der Bahn die ausreichende Stärke des Eises festzustellen, sondern sich auch fortdauernd von der Sicherheit der Bahn zu überzeugen und für die Räumung der Bahn zu sorgen, sobald die Tragfähigkeit der Eisdecke zweifelhaft wird.

β. OLG. **28** 239 (Braunschweig). Klage gegen eine Gemeinde wegen mangelhafter Unterhaltung einer Rodelbahn. Keine Befreiung der Beklagten, weil der Kläger keine Eintrittskarte gelöst hatte (vgl. WarnE. **4** 213, 440).

m) OLG. **28** 254 (Hamburg). Unfall auf einer Schiffsschaukel.

11. Beleuchtung (JDR. **12** Ziff. 15 u. frühere Zitate).

a) **RG.** R. **14** Nr. 2235. Wer wissentlich und leichtfertig im Dunkeln einen als gesperrt erkennbaren Weg einschlägt, hat selber die Folgen der Gefahr zu tragen, auch wenn er nicht gerade die Art der Gefahr, die ihm droht, voraussehen kann.

b) ElsLothJZ. **12** 192 (Colmar). Ein Wirt ist im allgemeinen nicht verpflichtet, auch für den verkehrssicheren Zustand der öffentlichen Straße, welche den Zugang vermittelt, zu sorgen. Diese Verpflichtung kann ihm aber durch die Polizeiverordnung oder Ortsgebrauch auferlegt werden.

12. Post.

a) Riggl, R. **14** 378. Im Gegensatz zum Reiche und zu Württemberg hat Bayern die Haftpflicht der Post bei Reisen mit Motorpersonenpost auf eine selbständige Grundlage in der am 1. Juni 1913 in Kraft getretenen Verkehrsordnung der Motorpostlinien für Personenbeförderung gestellt.

b) **RG.** EisenbE. **30** 217. Unbenutzte Telephonleitungen, die über Starkstromleitungen hinwegführen, dürfen von der Postverwaltung nicht ohne jede Aufsicht gelassen werden.

c) OLG. **28** 264 (München). §§ 11 Nr. 2, 12 PostG. regeln die Haftung der Postverwaltung umfassend und erschöpfend; weitergehende Ersatzansprüche sind auch dann versagt, wenn sie auf die Haftung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen gestützt werden (vgl. auch **RG. 67** 182).

13. Einzelne Fälle (JDR. **12** Ziff. 17).

a) **RG.** JW. **15** 27. Die Sorge für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Zuschauer, die sich beim Abbrennen eines Feuerwerkes aus den Badegästen wie aus den Ortsbewohnern in einem Kurort in großer Menge einzufinden pflegen, muß als eine alle Aufmerksamkeit erheischende ernste und wichtige Angelegenheit erachtet werden, um die sich auch die Badeverwaltung selbst zu kümmern hat. Sie darf diese Sorge nicht allein auf den Unternehmer, dem sie das Feuerwerk in Auf-

trag gegeben hat, abwälzen, wenn sie auch je nach dessen persönlichen Eigenschaften, nach seiner Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit in dieser Richtung berechtigt sein mag, zunächst auf die sachverständige Anordnung des Unternehmers, vornehmlich auch in der Frage der Absperrung des Platzes, sich zu verlassen. Die Unterlassung jeder weiteren Maßnahme gereicht der Badeverwaltung zum Verschulden, das dem beklagten Fiskus nach §§ 30, 31, 89, 276, 823 BGB. als eigenes anzurechnen ist.

b) **RG.** LeipzZ. **14** 850. Der Reitstallbesitzer, der einem Reiter trotz Kenntnis seiner mangelhaften Reitfähigkeit ein schwer zu haltendes Pferd zu einem Ausritt ins Freie anvertraut, macht sich nach § 823 haftbar.

c) OLG. **28** 235 (Braunschweig). Verkauf eines für rauchloses Pulver nicht eingerichteten Gewehrs ohne Hinweis, obwohl der Käufer die Flintenpatronen mit rauchlosem Pulver bestellt hatte.

d) α. OLG. **28** 252 (München). Wer im Walde schießt, muß sich vergewissern, ob nicht in der Nähe ein Mensch ist, besonders beim Schießen auf einen Hund, weil es nahe liegt, daß sich ein Mensch in der Nähe aufhält (JW. **11** 319).

β. OLG. **28** 251 (Hamburg). Der Jäger muß, ehe er zielt, sich vergewissern, daß er wirklich auf ein Stück Wild anlegt.

e) OLG. **28** 296 (München). Haftung der Gemeinde als Veranstalterin eines öffentlichen Rennens für mangelnde Verkehrssicherheit auf der Rennbahn.

f) SchlHolstAnz. **14** 137 (Kiel). Schadensersatzpflicht des Grundstückseigentümers wegen unterlassener Maßnahmen zur Löschung eines Moorbrandes.

g) A u t o m o b i l e (JDR. **12** Ziff. 17 k, vgl. auch unten § 831 Ziff. 12 l).

α. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 926, JW. **14** 353, EisenbE. **30** 94. Auf den städtischen Straßen haben die Führer von Kraftfahrzeugen auf die Fußgänger Rücksicht zu nehmen.

β. αα. **RG.** JW. **14** 192, EisenbE. **30** 507. Da der Beklagte, obwohl nicht er den Wagen führte, selbst die Hupenzeichen gab, also am Betriebe des Kraftwagens sich tätig beteiligte, hat er auch auf die Vorgänge auf der zu durchfahrenden Straße sein Augenmerk gerichtet und richten müssen; in diesem Falle war er aber dann auch in der Lage und verpflichtet, die Handlungsweise des Kraftwagenführers als Geschäftsherr zu beeinflussen (JW. **05** 287, **08** 505, **09** 276, **10** 105, 148, **11** 46 u. 218, WarnE. **13** Nr. 209).

ββ. **RG.** LeipzZ. **14** 1712, WarnE **14** 318 Der Eigentümer des Kraftwagens hat auf seinen Wagenführer einzuwirken, wenn er die Gefahr tatsächlich erkannt hat.

γγ. **RG.** JW. **15** 90. Die Rechtsprechung des RG. in der Frage, ob der im Wagen sitzende Eigentümer oder verfügungsberechtigte Besitzer des Kraftfahrzeugs verpflichtet sei, zur Abwendung von Verkehrsgefahren auf den Kraftwagenführer einzuwirken, geht im allgemeinen dahin, daß er hierzu verpflichtet ist, wenn er die Gefahr und ein unbedachtsames Handeln des Wagenführers bemerkt hat und in der Lage war, einzugreifen (JW. **05** 287, **08** 405, **09** 276, **10** 105, 148, **11** 40). In den Entscheidungen JW. **11** 41 und **14** 192 wird darüber hinaus eine Verpflichtung des mitfahrenden Besitzers zum Einschreiten auch schon dann angenommen, wenn er zwar nicht die Gefahr und das unachtsame Verhalten des Kraftwagenführers wahrnahm, aber wenn er es nach den Umständen des Einzelfalls bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen.

h) F u h r v e r k e h r (JDR. **12** Ziff. 17 l, vgl. auch § 831 Ziff. 12 l).

α. **RG. 84** 415. Im städtischen Straßenverkehr darf sich der Führer eines Fahrzeugs auf das richtige und den Vorschriften entsprechende Handeln eines anderen Fahrzeuglenkers verlassen.

β. **RG.** R. **14** Nr. 41. Der Fuhrmann darf im allgemeinen erwarten, der ihm in einem Hohlwege begegnende Fußgänger werde ausweichen oder in einer Wegenge, die dies nicht gestattet, zurückgehen oder sich sonst in Sicherheit bringen. Der

einzelne Fall kann jedoch so liegen, daß auch der Fuhrmann geeignete Maßregeln ergreifen muß, um den Fußgänger vor Schaden zu bewahren.

γ. **RG.** R. **14** Nr. 1263. Ein Fuhrmann, der einen anderen auf dem Wege zum gemeinschaftlichen Arbeitsplatze freiwillig hat auf seinen Wagen aufsitzen lassen, haftet im Zweifel nicht nach Vertragsgrundsätzen, sondern nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung. Wollte man aber auch ein Vertragsverhältnis annehmen, so würde Beklagter gleichwohl nicht für jede Fahrlässigkeit einzustehen haben.

δ. **RG.** JW. **14** 589, LeipzZ. **14** 1622, R. **14** Nr. 1413. Hat der Lenker eines Jagdwagens beim Befahren einer Wegecke fahrlässigerweise in Trab fahrend an den Randstein angestoßen und dadurch den Wagen zum Umfallen gebracht, so kann in dem stillschweigenden Verhalten des Gastes, der ebenso wie der Beklagte die Bedenken gegen eine Trabfahrt übersehen konnte, ein mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254 BGB. gefunden werden. Ferner kann daraus, daß der Kläger sich zu der Wagenfahrt als Gast hat einladen lassen, sein stillschweigendes, unter Umständen nach Treu und Glauben sogar selbstverständliches Einverständnis entnommen werden, den Beklagten nicht schon wegen eines geringen fahrlässigen Verschuldens in Anspruch zu nehmen.

ε. PosMSchr. **14** 67 (Posen). Wagenunfall infolge unstatthaften Wettfahrens. Das Verschulden der Beklagten ist deshalb so groß, weil sie bei einem auf offener Straße schon an sich sehr gefährlichen Wettfahren — noch dazu bei angetrunkenem Zustand der Beteiligten — nicht nur jede besonders gebotene Vorsicht außer acht gelassen, sondern sogar absichtlich und geradezu frevelntlich dem Mitfahrer den Weg gekreuzt haben.

ζ. OLG. **28** 269 (Hamburg). Der Wagenführer muß langsam fahren, wenn die Aussicht ihm durch einen anderen Wagen verdeckt ist (JW **08** 106, EisenbE. **26** 64).

η. ElsLothJZ. **14** 348 (Colmar). Haftpflicht des Kutschers, der eine auf dem Fahrdamm gehende Person überfährt.

ϑ. BadRpr. **14** 60 (Karlsruhe). Eine polizeiliche Vorschrift, daß das Einbiegen in eine andere Straße in weitem Bogen erfolgen muß, ist mit der Regel des Rechtsfahrens nicht zu vereinbaren.

ι. BadRpr. **14** 136 (Karlsruhe). Ein aus einer engen Seitenstraße in eine verkehrsreiche, ebenfalls enge Hauptstraße einer Stadt einbiegender Radfahrer ist zu besonderer Vorsicht beim Fahren verpflichtet, um Zusammenstöße zu vermeiden.

κ. BadRpr **14** 109 (Karlsruhe) Der Lenker eines Kraftwagens handelt schuldhaft, wenn er einem ihm entgegenkommenden Kraftwagen l i n k s ausweicht.

i) L u f t v e r k e h r (vgl. auch unten § 904 u. § 905).

α. **RG.** WarnE. **14** 194. Zusammenstoß zweier Flugzeuge; Maß der zu beobachtenden Vorsicht.

β. NaumburgAK. **14** 65 (Naumburg). Ersatz des durch Luftschiffahrt angerichteten Schadens kann nur nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen bei Verschuldensnachweis gefordert werden.

k) W i n d b ü c h s e. α. **RG.** WürttRpflZ. **14** 159. Die Beschaffung der Munition für eine bestimmte Feuerwaffe und die Handhabung der Waffe ist für Kinder regelmäßig nicht entfernt so einfach wie bei den sog. Windbüchsen. Auch haben Kinder vor Feuerwaffen, vor denen sie ständig gewarnt werden, eine weit größere Angst als vor anderen Schießwerkzeugen (s. auch unten § 832).

β. **RG.** SchlHolstAnz. **14** 103. Unter welchen Umständen ist der Eigentümer einer Windbüchse wegen mangelnder Verwahrung derselben für den Schaden verantwortlich, den ein Knabe damit angerichtet hat?

l) S c h i f f s k o l l i s i o n. α. **RG. 83** 141, JW. **14** 44. Zur Auslegung der Vorschrift im Art. 1 SeestraßenO. vom 5. Februar 1906 (RGBl. 120), wonach

„keine Lichter gezeigt werden dürfen, welche mit den hier vorgeschriebenen Lichtern verwechselt werden können".

β. **RG.** SchlHolstAnz. **14** 163, HansGZ. **14** Beibl. 64. Schiffskollision im Kaiser-Wilhelms-Kanal.

m) **RG.** R. **14** Nr. 2263. Leitet eine Stadtgemeinde dem in einem Urteil ausgesprochenen Verbot zuwider ihre schädlichen Abwässer weiter in einen vom Kläger zum Ausspülen, Reinigen und Begießen der von ihm hergestellten Gewebe und zur Speisung der Dampfkessel benutzten Bach, so ist sie, falls sie ein Verschulden trifft, schadensersatzpflichtig.

n) WürttRpflZ. **14** 13 (Stuttgart). Ein Grundstücksbesitzer, der es unterläßt, für eine den Nachbarn unnachteilige Beseitigung der Abgänge aus seinem Abort und Jauchegruben zu sorgen, hat den Nachbarn den durch die Verunreinigung der Wasserleitung erwachsenen Schaden zu ersetzen.

o) OLG. 28 241 (München). Haftung des Pfarrers bei Ausführung von Kirchenbauarbeiten.

II. Abs. 2.

1. **RG.** RheinA. **111** 30. Der objektive Verstoß gegen ein Schutzgesetz (PolVO.) begründet die Vermutung, daß ein Verschulden des Verstoßenden vorliegt; diesem liegt also der Entlastungsbeweis ob.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 383. Vom Standpunkt des § 823 Abs. 2 BGB. kann der Nachweis des mangelnden Verschuldens wie von demjenigen des § 831 BGB. der Nachweis der sorgfältigen Auswahl der zu der Verrichtung bestellten Person nicht durch die nachgewiesene Bestellung von Personen geführt werden, die an sich geeignet und zuverlässig sein mögen, von denen aber wegen ihrer übrigen Geschäfte eine pünktliche und ordnungsgemäße Ausführung der aufgetragenen Verrichtung nicht erwartet werden kann (JW. **10** 468).

3. **RG.** **83** 362, JW. **14** 244, ZAktWes. **14** 45, R. **14** Nr. 346. Aus einer Ehrverletzung ihrer Vorstands- oder Aufsichtsmitglieder kann eine Aktiengesellschaft keine Schadensersatzansprüche gemäß § 823 Abs. 2 erheben. Daß sie selbst als Aktiengesellschaft den Schutz der §§ 185, 186 StGB. nicht genießt, ist nicht zweifelhaft (**RG**St. **44** 147).

4. Einzelne Schutzgesetze (JDR. **12** Ziff. II 5).

a) Strafgesetzbuch. **RG.** JW. **14** 192, BankA. **13** 275, ElsLothJZ. **14** 208, WarnE. **14** 55, R. **14** Nr. 345. Der § 257 StGB. ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB., soweit er die Begünstigung bedroht, die den Täter der Strafe entziehen will, dagegen Schutzgesetz insoweit, als er die Begünstigung bedroht, die dem Täter die Vorteile seiner Straftat sichern will.

b) Gewerbeordnung. **RG.** BayRpflZ. **14** 208. § 120 a GewO. ist Schutzgesetz.

c) **RG.** LeipzZ. **14** 865, WarnE. **14** 185. Zwar nicht § 34, aber §§ 147, 148 GenG. sind Schutzgesetze.

d) α. **RG.** WarnE. **14** 410. Die §§ 1134, 1135 BGB. sind Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2.

β. BadRpr. **14** 124 (Karlsruhe). § 618 Abs. 1 BGB. ist ein Schutzgesetz.

e) **RG.** **84** 188, JW. **14** 536. § 1 RGes. über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 ist ein Schutzgesetz zugunsten der Handwerker und Lieferanten.

f) **RG.** JW. **14** 644, R. **14** Nr. 1836. Bei der Verletzung eines übermüdeten Kegeljungen kann § 7 G. vom 30. Mai 1903 (KinderschutzG.) als Schutzgesetz in Betracht kommen.

g) α. **RG.** **84** 415, R. **14** Nr. 1746. Die auf Grund des § 6 KFG. erlassene BundesratsVO. vom 3. Februar 1910 ist Schutzgesetz, ebenso § 3 PolizeiVO. des Landespolizeibezirkes Berlin vom 8. Dezember 1906.

β. **RG.** LeipzZ. **14** 1712, WarnE. **14** 318. § 18 BundesratsVO. vom 3. Februar 1910 ist ein Schutzgesetz für die auf den öffentlichen Wegen verkehrenden Fußgänger und Fuhrwerke. Haftung des Kraftwagenführers, wenn er angesichts eines vorausfahrenden Radfahrers die Fahrt nicht so verlangsamt, daß er sofort stoppen kann.

h) SächsOLG. **35** 308, EisenbE. **30** 98. Das TotalisatorG. vom 4. Juli 1905 ist kein Schutzgesetz zugunsten des Wettenden.

i) HansGZ. **14** Beibl. 139, LeipzZ. **14** 1058, R. **14** Nr. 1414 (Hamburg). Die Straßenordnung ist ein Schutzgesetz, der Charterer gehört aber nicht zu den durch das Gesetz direkt Geschützten.

k) R. **14** Nr. 617 (Stuttgart) s. schon JDR. **12** Ziff. II 5 k.

l) OLG. **28** 254, SeuffA. **69** 316 (München). Art. 75 BayForstG., der demjenigen Strafe androht, der ohne forstpolizeiliche Genehmigung in einem Schutzwald einen Kahlhieb oder eine Lichthauung unternimmt, ist Schutzgesetz.

m) α. ElsLothJZ. **14** 128 (Colmar). Die Unfallverhütungsvorschriften sind keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB.

β. SächsRpflA. **14** 395 (Dresden). Desgleichen.

n) α. Deumer, DJZ. **14** 1376. Die BundesratsVO. vom 4. August 1914 kommt als Schutzgesetz in Frage.

β. Bendix, Bürgerliches Kriegssonderrecht 95. Als Schutzgesetz im Sinne von Abs. 2 gilt die Bekanntmachung vom 8. Oktober 1914 (RGBl. 427).

o) Holtz, PrVerwBl. **36** 179. Ein Schutzgesetz ist auch § 22 WasserG. vom 7. April 1913.

§ 824. Wegen der Unterlassungsklage s. oben §§ 823 ff. Ziff. 6.

1. **a)** **RG. 83** 362, JW. **14** 244, ZAktWes. **14** 45, BauersZ. **21** 175, BankA. **13** 242, R. **14** Nr. 348. Der Handelsteil einer politischen Zeitung zählt nicht in dem Sinn zur Fachpresse, daß sein Redakteur sich bei Inanspruchnahme wegen wahrheitwidriger Behauptung einer den Kredit eines Unternehmers gefährdenden Tatsache in jedem Fall auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen kann.

b) Dazu Glaser, RuW. **3** 151, derselbe, LeipzZ. **14** 1432, und Riß, BayRpflZ. **14** 188.

c) **RG.** LeipzZ. **14** 1623. Einer Zeitung kann nicht das Recht zugestanden werden, prüfungslos fremde Ehre auf das Spiel zu setzen, bloß um durch schnelle Berichterstattung dem Wettbewerbe die Spitze zu bieten.

2. **RG. 84** 294, JW. **14** 645, DJZ. **14** 754, R. **14** Nr. 1266. Von Tatsachen, die der Wahrheit zuwider behauptet werden, kann in der Regel nicht gesprochen werden, wenn lediglich wissenschaftliche Untersuchungen und die daraus gezogenen Schlüsse veröffentlicht werden. Hat der Autor sich geirrt, sei es aus Mangel an Sorgfalt, aus Mangel an Kenntnissen, aus Mangel an Objektivität oder Urteilskraft, so liegt eine unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. daher noch nicht vor.

3. **RG.** WarnE. **14** 28. Die Behauptung, eine Buchhandlung gewähre unzulässigen Rabatt, ist kein Urteil, sondern die Behauptung einer Tatsache und geeignet, dem Erwerb und Fortkommen eines Geschäftsinhabers Nachteile zu bereiten.

4. **RG.** WarnE. **15** 23. Der objektive Inhalt einer an einen bestimmten Leserkreis gerichteten Mitteilung ist dasjenige, was diese Leser bei ungekünsteltem Verhalten daraus entnehmen, nicht aber, was eine künstlich einschränkende Wortauslegung, auf die kein Unbefangener kommt, ergibt.

5. **RG.** BankA. **13** 311. Die Anwendbarkeit von § 824 ist an sich denkbar, wenn jemand in einem Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung unrichtige Tatsachen behauptet. Die Haftung kann aber aus § 824 Abs. 2 entfallen. Es ist auch zu prüfen, ob die Behauptungen überhaupt Tatsachen im Sinne von § 824 sind und nicht etwa nur Schlüsse aus solchen.

6. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 567. Öffentliche Beschuldigung des Vertragsbruchs vom Gesichtspunkt des § 824.

7. WürttJ. **25** 274, R. **14** Nr. 619 (Stuttgart). Die Beweislast für die Wahrheit der behaupteten Tatsache trifft den Verbreiter.

8. **RG.** JW. **15** 91 Nr. 6, R. **15** Nr. 45. Eine zum Zweck der Rechtsverfolgung oder -verteidigung in einem Prozeß aufgestellte Behauptung ist schon dann als ein zur Wahrnehmung objektiv berechtigter Interessen erfolgtes Vorbringen anzusehen, wenn es an und für sich geeignet ist, der Rechtsverfolgung oder -verteidigung zu dienen, ohne Rücksicht darauf, ob es im konkreten Fall für die Entscheidung des Rechtsstreits von maßgebender Bedeutung ist. Nimmt man dies nicht an, so würde jede Partei, die in einem Prozeß eine nicht erweislich wahre, den Kredit des Gegners gefährdende Tatsache im Sinne des § 824 Abs. 1 BGB. vorbringt, sich der Gefahr aussetzen, dieserhalb auf Grund des § 824 BGB. belangt zu werden, wenn in jenem Prozesse das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß das Vorbringen unerheblich war.

9. OLG. **28** 276 (KG.). „Erwerb“ ist nicht die einzelne Erwerbsgelegenheit, sondern die „Erwerbsstellung“.

10. OLG. **28** 273 (KG.). Bei Benutzung einer Schmähschrift kann von Wahrnehmen berechtigter Interessen nicht mehr die Rede sein.

11. OLG. **28** 287 (Hamburg). Die Behauptung, daß ein Nichtmitglied die Konventionspreise „unzulässigerweise“ unterbietet, ist nicht erwerbschädigend.

12. Glaser, LeipzZ. **14** 1432. Der Begriff „berechtigte Interessen“ im § 824 Abs. 2 ist enger als im § 193 StGB.; denn er fordert ein wirklich objektiv vorhandenes Interesse, nicht nur ein in der Annahme des Handelnden vorhandenes; und Subjekt des Interesses muß der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung sein. § 193 StGB. spielt seine Rolle auch für das Zivilrecht, insofern er regelt, wann die Pflicht zum Ersatz des durch eine üble Nachrede im Sinn des Strafrechts erwachsenen Vermögensschadens entfällt.

13. *Asch, JW. **14** 567 ff. Die in dem Kommissionsentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs vorgesehene Erweiterung des § 193 StGB. zugunsten der Presse birgt eine drohende Gefahr für alle im öffentlichen Leben stehenden Personen; die Erweiterung würde auch eine Einschränkung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes zur Folge haben und insbesondere die Möglichkeit einer tatsächlichen richterlichen Feststellung der tatsächlichen Unrichtigkeit des Preßangriffs für den Regelfall ausschalten. Unter der Herrschaft des geltenden Rechtes scheidet als praktischer Rechtsbehelf nach der neuesten Rechtsprechung des RG. die Unterlassungsklage aus, wie auch als ein solcher die Schadensersatzklage auf Geldentschädigung in der Regel nicht in Frage kommen kann. Hingegen hat in der Praxis die nach der Rechtsprechung des RG. zulässige Klage auf Rücknahme der Beleidigung zu wenig Beachtung gefunden. Des ferneren wird von dem Verf. als unmittelbar nach erfolgtem Preßangriffe durchgreifend wirkender Rechtsbehelf die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung auf Aufnahme einer tatsächlichen Feststellung des Gerichts dahin empfohlen, daß das Gericht im einstweiligen Verfügungsverfahren die Feststellung getroffen habe, daß die tatsächlichen Behauptungen des betreffenden Preßorgans von diesem nicht als wahr erwiesen werden konnten oder — je nach Lage des Falles — von dem Angegriffenen widerlegt worden sind.

§ 826. 1. Ersatzanspruch des sog. mittelbar Geschädigten. *Kluckhohn, Zwei Fragen des Schadensersatzrechts, AZivPr. **111** 394 ff. Der von der herrschenden Lehre aufgestellte Satz, daß nach dem BGB. ein außervertraglicher Anspruch auf Schadensersatz regelmäßig nur dem sog. unmittelbar, nicht auch dem sog. mittelbar Geschädigten zukommt, ist unrichtig. Das BGB. kennt überhaupt haupt nicht diesen Unterschied, es erkennt einen Schadensersatzanspruch des mittelbar Geschädigten grundsätzlich ebenso an wie den des unmittelbar Geschädigten, nur

daß der erstere ebenso wie der letztere stets an die Voraussetzungen der §§ 823, 826 BGB. gebunden ist.

2. *Kluckhohn, Zur Haftung des schadensberechtigten, betrogenen Käufers, ABürgR. **40** 202 ff. Wenn der Käufer durch arglistige Vorspiegelung falscher Tatsachen seitens des Verkäufers zum Abschlusse des Kaufvertrags verleitet ist, ohne daß diese Vorspiegelungen Vertragsinhalt geworden sind, und wenn der Käufer hierdurch einen Schaden erleidet, steht ihm gegen den Verkäufer ein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu. Wenn er diesen Anspruch geltend macht, indem er von dem Verkäufer Rückgabe des Kaufpreises und Erstattung seiner sonstigen durch den Vertrag veranlaßten Ausgaben Zug um Zug gegen Rückgabe der ihm übergebenen Kaufsache verlangt, taucht die Frage auf (vgl. Riehl, DJZ. **13** 383), inwieweit der Käufer seinerseits dem Verkäufer haftet, falls die Rückgabe der Kaufsache durch sein Verschulden unmöglich geworden ist. In diesem Falle besteht eine Haftung des Käufers nur wegen Vorsatzes und nur im Rahmen des § 826 BGB.

3. **RG.** LeipzZ. **14** 1713. Nach ständiger Rechtsprechung des RG. genügt dem Erfordernis der vorsätzlichen Schadenszufügung das Bewußtsein des Täters, daß seine Handlung einen schädlichen Erfolg haben könne, wenn er diesen möglichen Erfolg in seinen Willen aufgenommen und für den Fall seines Eintritts gebilligt hat (**RG. 76** 319, **79** 60).

4. **RG.** R. **14** Nr. 620. Die Bestimmung ist auch auf eine in Ausübung eines formalen Rechts vorgenommene Handlung anzuwenden, wenn durch sie dem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt wird.

5. **RG.** R. **14** Nr. 621. Die vorsätzliche Schadenszufügung setzt nicht die Verletzung bestimmter Rechte voraus, sondern es genügt jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage des anderen.

6. **RG.** JW. **14** 83. Der erk. Sen. stellt in fester Rechtsprechung die Entscheidung darüber, was gegen die guten Sitten verstößt, auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ab; keiner Ausführung bedarf, daß es einen ganz anderen Vorwurf bedeutet, das Anstandsgefühl als das Billigkeitsgefühl verletzt zu haben. Und es kann keineswegs gesagt werden, daß eine Handlung, schon weil sie gegen die Billigkeit verstößt, einen Verstoß gegen die guten Sitten darstelle.

7. Exceptio doli (JDR. **12** Ziff. 6).

a) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 901, WarnE. **14** 464. Einrede der Arglist gegenüber einem Hypothekengläubiger, der sich gegenüber einem nachstehenden Hypothekengläubiger auf den Vorrang beruft, wenn er bei Anlegung des Grundbuchs es unterlassen hatte, auf das Vorrecht des nachstehenden Gläubigers hinzuweisen.

b) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 897, BayRpflZ. **14** 357, WarnE. **14** 392. Keine exceptio doli, wenn eine geschiedene Ehefrau Unterhalt verlangt, obwohl sie in einem Vertrag zur Erleichterung der Ehescheidung auf ihren Unterhaltungsanspruch verzichtet hatte, jedenfalls dann nicht, wenn die Ehefrau erst nach Erwirkung des Scheidungsurteils den Entschluß, Unterhalt zu verlangen, gefaßt hat.

c) **RG. 84** 208. Keine exceptio doli, wenn der Versicherer des einen Ersatzpflichtigen sich die Rechte des Beschädigten gegen den Gesamtschuldner abtreten läßt, um diesem die Ausgleichungseinrede abzuschneiden.

d) Replica doli. α. **RG. 84** 131.

β. Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 147.

e) KGBl. **14** 131 (LG. Berlin). Exceptio doli. Der Interventionsbeklagte kann die Freigabe von Pfandstücken nicht deshalb ablehnen, weil der Interventionskläger zur Duldung der Zwangsvollstreckung nach materiellem Recht verpflichtet ist (ElsLothJZ. **13** 86 [Colmar]).

f) HessRspr. 14 309 (LG. Gießen). Exceptio doli.

g) *Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 79, über einen Fall der exceptio doli generalis. Der Verkäufer klagt auf Zahlung des Preises für das vom Beklagten gekaufte Haus. Der Beklagte wendet ein, daß sich erhebliche Hausschwammbildungen fänden. Der Kläger entgegnet: der Beklagte könne nicht wandeln, da die Gefahr noch nicht übergegangen sei. Infolgedessen müsse der Beklagte jedenfalls verurteilt werden; später könne er nach Entgegennahme des Hauses den Wandelungsanspruch erheben. — Vgl. auch S. 132 ff. (Zahlung an einen Geisteskranken).

8. Verleitung zum Vertragsbruch (JDR. 12 Ziff. 8). **RG.** LeipzZ. **14** 201 s. schon JDR. **12** § 826 Ziff. 8 a.

9. § 826 und die formelle Rechtskraft des Urteils, Ausnützung der Rechtskraft (JDR. **12** Ziff. 9). Pagel, Rechtsgang II 205. Ein wider Treu und Glauben erwirktes Urteil hat keine materielle Rechtskraftwirkung.

10. a) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 423, JW. 14 35, R. **14** Nr. 45. Die Verrufserklärung eines ärztlichen Bezirksvereins über einen Arzt, der in den Besitzstand eines anderen Arztes trotz vertraglicher gegenteiliger Zusage eingedrungen war, ist nicht sittenwidrig.

b) **RG.** JW. **14** 460, BayRpflZ. **14** 207, WarnE. **14** 218, R. **14** Nr. 1415, 1416. Ein sog. Verkehrsverbot eines ärztlichen Standesvereins verstößt auch dann gegen die guten Sitten, wenn damit die Förderung wirtschaftlicher Interessen der Berufsgenossen bezweckt wird. Die Gemaßregelten können auf Aufhebung des Verbots und Mitteilung an diejenigen, an die sich das Verbot richtete, klagen.

11. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe (JDR. **12** Ziff. 11).

a) **RG.** JW. **14** 927, R. **14** Nr. 2266. Verfolgung erlaubter Zwecke mit unerlaubten Mitteln. Eine schwer benachteiligende Lieferungssperre verstößt gegen § 826, wenn sie lediglich bezweckt, die Anerkennung eines ungültigen Schiedsspruchs zu erzwingen.

b) Stein, RuW. **3** 254. Das Urt. des **RG.** JW. **14** 927 steht mit dem Beschluß im Einklang, den der 6. Internationale Handelskammerkongreß in Paris 1914 gefaßt hat, wonach die Sperre als Zwangsmaßregel zur Durchführung eines Schiedsspruchs verboten ist.

c) **RG.** PosMSchr. **14** 90, BayRpflZ. **15** 16, R. **14** Nr. 2657. Der mit einer Sperre verfolgte Zweck, durchzuführen, daß die Brausteuer auf die Konsumenten abgewälzt wird, ist nicht unsittlich. Eine an sich berechtigte Bezugssperre darf sich auch gegen verwandte Betriebe richten.

d) OLG. **28** 285 (Hamburg). Eine Sperre wäre sittlich verwerflich, wenn sie den Betroffenen schädigt, den Gegnern aber keinen zu dem Mittel im Verhältnisse stehenden Vorteil verschafft.

e) OLG. **28** 285 (Hamburg). Eine von Arbeitern über ihren Arbeitgeber verhängte Sperre ist unsittlich, wenn sie leichtfertig und ohne gewissenhafte Prüfung der Sachlage ausgesprochen wird.

f) OLG. **28** 283 (Rostock). Die Verrufserklärung, die dem Betroffenen, falls er sich nicht fügt, den Betrieb seines Geschäfts unmöglich macht, verstößt gegen § 826.

12. § 826 und Warenzeichengesetz (JDR. **12** Ziff. 14).

a) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 189. Auch einem Ausländer, der mangels Gegenseitigkeit den Schutz des UnlWG. und des WarenZG. nicht genießt, kommt einem eingetragenen Warenzeichen gegenüber die Schutzvorschrift des § 826 BGB. zugute.

b) **RG.** GewRschutz **14** 52. Unerlaubte Handlung kann auch in Benutzung des gesetzmäßig erlangten Warenzeichens liegen, rechtfertigt aber regelmäßig nur Unterlassungs-, nicht Löschungsklage.

c) **RG.** WarnE. **15** 39. Haftung nach § 826, wenn eine Firma das Reklamebild einer anderen Firma nur deshalb zusammen mit den Reklamebildern trustfreund-

licher Firmen auf dem Umschlag einer Fachzeitung brachte, um die Klägerin dadurch auch als trustfreundlich erscheinen zu lassen und sie bei ihren Abnehmern und Kunden zu verdächtigen.

d) MschutzuWettbew. **13** 327 (Hamburg). Klage auf Löschung eines Warenzeichens, das sich jemand in Deutschland hat schützen lassen, nachdem es für eine ausländischer Fima im Ausland eingetragen und dort lange benutzt, von ihr auch als Telegrammadresse geführt worden ist.

e) MschutzuWettbew. **13** 328 (Posen). Löschung eines Warenzeichens, das zwecks Irreführung des Publikums und Herbeiführung einer Verwechselung angenommen und angemeldet war.

f) OLG. **28** 277, HansGZ. **14** Hptbl. 109, R. **14** Nr. 2264 (Hamburg). Wer ein dem von ihm eigentlich benutzten Zeichen ähnliches Defensivzeichen für sich eintragen läßt, nur um dadurch seinem Konkurrenten dessen Benutzung unmöglich zu machen, verstößt gegen § 826.

g) α. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 266 ff. Rechtsprechung des RG. zur Bezeichnung eines Bieres, das nicht in Pilsen gebraut ist, als „Pils", „Sternpils", „Hansa-Pilsener".

β. **RG.** GewRschutz **14** 162. Vertreiben von „Deutsch-Pilsener" in der Absicht, daß das Bier in den Wirtschaften als „Pilsener" verkauft wird, verstößt gegen die guten Sitten nach § 826 BGB.

γ. **RG.** GewRschutz **14** 55. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn die Bezeichnung „Germania-Pilsener" für ein in Kiel gebrautes Bier benutzt wird in dem Bewußtsein, daß die Bezeichnung mißverständlich und zur Erregung des Irrtums geeignet ist, es handle sich um ein in Pilsen gebrautes Bier.

h) **RG.** WarnE. **14** 146. Die Fabrik des bekannten Benediktiner-Likörs kann einer Limonadenfabrik nicht verbieten, das Wort „Benediktiner" in ihrer Fabrik zu führen und sich eines das Wort „Benedictine" enthaltenden Warenzeichens zu bedienen.

i) **RG.** LeipzZ. **14** 1713. Die Bezeichnung „Berliner Rollmops" für Ware, die außerhalb Berlins hergestellt ist, verstößt gegen § 826.

13. Schutz gewerblicher Rechte. **RG. 83** 37, MschutzuWettbew. **13** 383 s. schon IDR. **12** Ziff. 16.

14. **RG. 83** 384, IW. **14** 250. Ein Fabrikant, der Muster, die ihm von einem Kunden übergeben waren, nach Ablauf des Vertragsverhältnisses zu eigenen Fabrikaten verwertet und die Fabrikate unter den Katalognummern des Kunden vertreibt, kann gegen § 826 verstoßen.

15. Der sog. 1500-M.-Vertrag (IDR. **12** Ziff. 18).

a) Stein, BuschsZ. **44** 440. § 826 BGB. bringt nach der Praxis des RG. dem Gläubiger keine Hilfe, weil es annimmt, daß der Gläubiger keinen Schaden erleide, da der Prinzipal einen anderen Vertrag nicht abgeschlossen haben würde.

b) Sautter, PosMSchr. **14** 32. Auf Grund von § 826 muß der Geschäftsherr dem Gläubiger zahlen, was die Ehefrau in sittenwidriger Weise erhalten hat. Schwierigkeiten ergeben sich aber, soweit es sich um die Zukunft handelt und soweit die Ehefrau noch nichts erhalten hat. Die Klage aus § 826 ist eben nur ein Notbehelf für die Anfechtung.

c) Volkmar, KGBl. **14** 83. Die Verweisung auf § 826 ist ausgeschlossen, soweit der Gläubiger nur eine Forderung seines Schuldners als dessen Nachfolger geltend macht.

d) Schubart, IW. **14** 441. (S. oben § 812 Ziff. 3.)

e) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 992. Die Frage der Anwendbarkeit von § 826 ist mangels Entstehung eines Schadens verneint.

f) SeuffA. **69** 59 (Dresden). Die Anwendbarkeit von § 826 wurde mangels Entstehung eines Schadens verneint.

g) SchlHolstAnz. **14** 6 (LG. Kiel). Ein 1500-M.-Vertrag ist für unsittlich erklärt.

16. Grallert, DJZ. **14** 625. Das Ausbieten von noch nicht ausgeklagten Forderungen in Zeitungen ist unzulässig. Die Anwendbarkeit des § 193 StGB. ist nur auf Ausnahmefälle zu beschränken. Eine zwar unbestrittene, aber noch nicht fällige Forderung kann unter Hervorhebung dieses Umstandes öffentlich ausgeboten werden, wenn nicht Schädigung des Schuldners beabsichtigt ist,

17. Der Schadensersatzanspruch des arglistig Getäuschten. *Kiehl, JW. **14** 497. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses verübten Betrugs oder wegen vorsätzlicher Schadenszufügung gemäß § 826 regelt sich ausschließlich nach den §§ 249 ff., geht daher niemals auf das Erfüllungsinteresse. Der Käufer (oder der Verkäufer) kann daher stets nur Herstellung des Zustandes verlangen, der für ihn dann bestände, wenn der Betrug usw. nicht vorgefallen wäre. Es kommt jedoch nur auf Herstellung der wirtschaftlichen Lage an. Vgl. im übrigen o. zu § 463 Ziff. 1 d.

18. Einzelne Fälle (JDR. **12** Ziff. 19).

a) **RG.** LeipzZ. **14** 758. Es besteht keine Pflicht für den Verkäufer, den Kauflustigen darauf hinzuweisen, daß der Erwerb für ihn keine Aussichten auf Gewinn oder angemessenen Ertrag biete.

b) **RG.** R. **14** Nr. 2426. Der auf die Behauptung, der Beklagte habe vorgespiegelt, ein größerer Teil des verkauften Gutes sei dräniert, gestützte Schadensanspruch auf Geldzahlung hat lediglich Vertragsnatur; § 826 BGB. kommt für ihn nicht in Betracht.

c) α. **RG. 83** 237, R. **14** Nr. 46. Es verstößt nicht unter allen Umständen gegen die guten Sitten, wenn jemand durch Rechtsgeschäft Eigentum oder ein anderes Recht erwirbt, obschon ihm das ältere, auf Eigentumsübertragung gerichtete Recht eines anderen bekannt ist. Ein solcher Verstoß kann allerdings angenommen werden, wenn Veräußerer und Erwerber zur Schädigung des anderen komplottmäßig zusammengewirkt haben (**RG. 62** 137).

β. **RG.** R. **14** Nr. 922. Sittenwidrig handelt unter Umständen auch, wer eine ihm übertragene Hypothek zu seinem Nutzen an einen gutgläubigen Dritten weiter veräußert, nachdem er nachträglich davon Kenntnis erlangt hat, daß die Übertragung an ihn rechtsunwirksam war.

γ. **RG.** DJZ. **14** 1301. Wer einen Wechsel erwirbt, obwohl er das Bewußtsein haben muß, daß sein Vorgänger mit der Weitergabe des Wechsels auftragswidrig gehandelt, haftet aus § 826. Ebenso, wenn die Weitergabe erfolgt ist, um dem Verpflichteten begründete Einreden abzuschneiden.

d) **RG.** R. **14** Nr. 766. Die Annahme der Abtretung eines, wie der Zessionar weiß, bereits vorher einem Dritten abgetretenen Anspruchs und die Annahme der Leistung aus diesem Anspruch erfüllt den Tatbestand des § 826 BGB. jedenfalls dann nicht, wenn die frühere Abtretung eine Sicherungsabtretung war und nichts dafür beigebracht ist, daß der Beklagte nicht angenommen habe, daß die zu sichernde Schuld bereits getilgt war.

e) **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 489, WarnE. **14** 262. Unter besonderen Umständen — so, wenn an sich irgendein Interesse an der Mitteilung und der Kundgebung der betreffenden Tatsachen für das Publikum nicht oder nicht mehr besteht (**RG. 76** 112) — kann die Mitteilung auch wahrer Tatsachen gegen die guten Sitten verstoßen.

f) Sicherungsübereignung (JDR. **12** Ziff. 19 f).

α. **RG.** JW. **14** 85, R. **14** Nr. 919 s. schon JDR. **12** Ziff. 19 f α.

β. **RG.** JW. **15** 30 Nr. 14. Es verstößt gegen Treu und Glauben, wenn ein

Gläubiger, der einen in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Schuldner zu stützen sucht, aus gesicherter Stellung die Hilfeleistung unter Irreführung Dritter lediglich auf deren Gefahr und Kosten bewerkstelligt. Schlägt der Rettungsversuch, wie es häufig der Fall ist, fehl, so ist der Gläubiger durch seine Sicherheiten gedeckt, die übrigen Kreditgeber sehen sich aller Befriedigungsmittel beraubt. Ein Rettungsversuch von dieser Art, der allein auf Kosten der im Dunkeln gelassenen und getäuschten Dritten geschieht, widerspricht dem Anstandsgefühl jedes rechtlich Denkenden, insbesondere dem eines redlichen Geschäftsmanns.

γ. Heinsheimer, BankA. **13** 105, und Fischer, BankA. **13** 141, nehmen zu der Entscheidung unter α Stellung; der erstere billigt, Fischer mißbilligt die der Entscheidung zugrunde liegende Tendenz.

δ. WürttJ. **26** 30, WürttRpflZ. **14** 63, R. **14** Nr. 1099 (Stuttgart). Es ist unsittlich, wenn sich ein Gläubiger unter Ausstellung von vollstreckbaren Urkunden das ganze Warenlager mit Geschäftseinrichtung, sowie die gegenwärtigen und künftigen Ausstände abtreten und außerdem vom Schuldner versprechen läßt, daß er alles eingehende Geld, soweit es nicht zum Unterhalt erforderlich ist, an ihn wöchentlich abliefern werde.

ε. OLG. 28 33 (Rostock). Übertragung des gesamten Warenlagers. Ein solches Abkommen enthält eine betrügliche und unsittliche Täuschung der Geschäftswelt, es stellt sich als eine Verhöhnung des Rechts durch den Mißbrauch seiner Formen dar.

g) Kreditauskunft. α. **RG.** BankA. **13** 190, LeipzZ. **14** 1021. Gegen Treu und Glauben handelt, wer bewußt wahrheitswidrig eine günstige Kreditauskunft erteilt, auch wenn er glaubt, der Kreditsucher könne seiner Schwierigkeiten Herr werden, sofern er sich zugleich bewußt ist, daß die falsche Auskunft dem Gläubiger unheilvoll werden könne.

β. **RG.** BankA. **13** 327. Die Auskunft, welche eine Bank einem Dritten auf dessen Ersuchen über die Kreditwürdigkeit eines Kunden erteilt, stellt sich als ein Urteil dar, das den der Bank bekannten Tatsachen nicht widersprechen darf. Die einzelnen Tatsachen, auf denen ihr Urteil beruht, dem Anfragenden mitzuteilen, ist jedoch die Bank weder verpflichtet noch auch nur — im Hinblick auf das zwischen ihr und dem Kunden bestehende Vertrauensverhältnis — berechtigt. Es bedeutet deshalb auch keinen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn die Bank bei ihrer Auskunft bewußt verschweigt, daß sie beabsichtige, das Konto des Kunden „herabzuarbeiten" oder die Verbindung mit ihm zu lösen.

γ. **RG.** R. **14** Nr. 2655. Eine Haftung besteht nicht schon deshalb, weil in einer Auskunft erklärt wird, man wisse nichts von Bemühungen, einen Gesellschafter zu gewinnen, während diese Bemühungen, wie der Auskunftgeber wußte, bereits gescheitert waren.

δ. **RG.** R. **14** Nr. 2656. Ist eine Auskunft ohnehin überwiegend ungünstig gehalten, so kommt es auf die Unterdrückung eines Umstandes nicht weiter an, hinsichtlich dessen dem Auskunfterteiler Verschwiegenheit oblag.

ε. BankA. **13** 295, R. **14** Nr. 1100 (Colmar). Ein Bankier, der auf Anfrage über die Kreditwürdigkeit eines Kunden eine unvollständige Auskunft gibt, insbesondere verschweigt, daß der Kunde sein Warenlager der Bank zur Sicherung einer ungedeckten Schuld übereignet hat, verstößt damit noch nicht stets gegen die guten Sitten.

h) Unrichtige Auskunft seitens des Prinzipals. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 656, JW. **14** 83, MSchutzuWettbew. **13** 323, LeipzZ. **14** 67, GewuKfmG. **14** 254, WarnE. **14** 171 s. schon JDR. **12** § 826 Ziff. 19 d β.

i) α. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 656, JW. **14** 83, Leipz. **14** 67, MSchutzuWettbew. **13** 323, WarnE. **14** 171, R. **14** Nr. 44. Auch eine an sich zur Wahrnehmung berechtigter Interessen geeignete und bestimmte Äußerung kann unter Umständen

gegen die guten Sitten verstoßen, z. B. dann, wenn sie in gehässiger oder den Gegner persönlich herabwürdigender Weise lediglich den Zweck verfolgt, den Gegner zu ruinieren (JW. **07** 333).

β. **RG.** WarnE. **14** 262. Die Mitteilung wahrer Tatsachen kann gegen die guten Sitten verstoßen, wenn ein Interesse an der Mitteilung für das Publikum nicht mehr besteht. Verstoß gegen die guten Sitten im vorliegenden Fall verneint.

γ. OLG. **28** 281 (KG.). Ein Verurteilter darf nicht durch fortgesetzte Bekanntmachung seiner Verurteilung diskreditiert werden.

k) α. **RG.** JW. **14** 192, LeipzZ. **14** 673, HoldheimsMSchr. **23** 79, ElſLothJZ. **14** 208, WarnE. **14** 55. Stillschweigendes, jahrelanges Dulden der Wechselunterzeichnung durch einen anderen verstößt gegen die guten Sitten und macht schadensersatzpflichtig.

β. **RG.** LeipzZ. **14** 1031, BankA. **13** 330, WarnE. **14** 260 (zwei Urteile vom 24. März 1914). Hier wird derselbe Grundsatz aufgestellt.

γ. Mansfeld, LeipzZ. **14** 801. Abzulehnen ist die herrschende Ansicht, wonach die nachträgliche Zustimmung zu einer Fälschung nicht als Genehmigung zu behandeln ist und der Namensträger aus seiner Zustimmung nur aus Vertrag oder unerlaubter Handlung haftet. Der Fälscher gehört zu den Vertretern ohne Vertretungsmacht, wenn er auch ein unredlicher Vertreter ist, der unerlaubte Zwecke verfolgt, und der Namensträger haftet aus einer zustimmenden Erklärung, weil dies Genehmigung im Sinne von § 177 BGB. ist. Überall da, wo Genehmigung angenommen werden darf, gehen die Rechtswirkungen in persönlicher und gegenständlicher Beziehung über das Deliktsrecht hinaus.

l) **RG.** LeipzZ. **14** 71, WarnE. **14** 4. Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Lotteriekollekteur auf die Nachricht, daß eines seiner Lose mit Gewinn gezogen ist, die Einlösung der Nachnahme für den Kaufpreis des Loses durch telegraphische Anweisung an die Post vereitelt und damit dem Kunden den Gewinn entzieht. (Das Urt. des OLG. Colmar, ElſLothJZ. **14** 1, ist bestätigt.)

m) SeuffA. **70** 22, R. **15** Nr. 46 (München). Haftung des Vaters, der die Urteilsvollstreckung gegen seinen volljährigen arbeitsfähigen Sohn vereitelt, indem er ihn ohne Entgelt auf dem Hof beläßt.

n) **RG.** WarnE. **14** 353. Erschleichung einer Bauerlaubnis durch Täuschung der Behörde kann zur Haftung aus § 826 führen.

o) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 987. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn eine Mutter, die sich verpflichtet hatte, ihr Grundstück nur an eines ihrer ersteheIichen Kinder zu veräußern, das Grundstück dadurch an ein Kind zweiter Ehe bringt, daß sie es an eine todkranke Tochter veräußert, die es dann der Stiefschwester übereignet.

p) **RG.** JW. **14** 928, R. **14** Nr. 2444. Die ernstgemeinte Veräußerung von Aktien zu dem Zweck, eine Mehrheit für einen Fusionsbeschluß herbeizuführen, verstößt nicht wider die guten Sitten.

q) **RG.** BayRpflZ. **14** 148, WarnE. **14** 103. Wer durch arglistige Täuschung (wertlose Bankanweisungen) zur Hingabe eines Darlehns zu Spielzwecken veranlaßt wird, kann aus § 826 klagen. Es ist unerheblich, daß der Geldgeber das Geld zu Spielzwecken hergab.

r) **RG.** **84** 332, LeipzZ. **14** 1020, JW. **14** 591. Wer mittels arglistigen Verhaltens die Gründung einer GmbH. ins Werk setzt und sie durch wertlose Sacheinlagen vorsätzlich schädigt, haftet der GmbH., auch wenn er nicht zu den Gründern gehört. Er hat die Gesellschaft so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn die Sacheinlagen den vorausgesetzten Wert gehabt hätten.

s) **RG.** BankA. **13** 311. Wer eine Auskunft verwertet, die ihm unter Verletzung der Schweigepflicht erteilt worden ist, verstößt nicht gegen die guten Sitten, sofern er berechtigte Interessen wahrnimmt.

t) **RG.** BankA. **13** 118. Es verstößt gegen die guten Sitten, ein Gutachten zu benutzen unter Verschweigung des Umstandes, daß der Sachverständige die Grubenfelder nicht selbst gesehen hat und außerdem Mitgründer ist.

u) RG. WarnE. **14** 74, R. **14** Nr. 1984. Wer eine in Zahlung zu gebende Hypothek als „gut" bezeichnet, obwohl er ihre Unsicherheit kennt, handelt arglistig.

v) RG. GruchotsBeitr. **58** 185, LeipzZ. **14** 860. Die bloße Ausführung eines satzung- und ordnungmäßig gefaßten Beschlusses der Gewerkenversammlung durch die ausführenden Organe der Gewerkschaft ist, wenn diese entgegen der Stellungnahme der Gewerkenversammlung selbst die Ansprüche des Klägers für möglicherweise berechtigt erachtet hätten, kein Verstoß gegen die guten Sitten.

w) RG. 83 237. Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn sich jemand auf ein Geschäft eingelassen hat, wodurch ihm wertvolle, von der Ehefrau gekaufte Sachen ohne Zustimmung des Ehemanns zur Sicherheit übergeben wurden. S. auch § 1395.

x) RG. GruchotsBeitr. **58** 995, LeipzZ. **14** 1717, R. **14** Nr. 2068. Zusicherung einer Tatsache „ins Blaue hinein" kann die Haftung aus § 826 begründen, wenn sich hinterher die Unrichtigkeit herausstellt.

y) OLG. **28** 314, SeuffA. **69** 448, BankA. **13** 326 (München). Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn der Fiskus sich weigert, dem Absender eines Telegramms den Namen desjenigen Telegraphenbeamten namhaft zu machen, der das Telegramm fahrlässig verstümmelt hat.

z) OLG. **28** 279 (KG.). Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn jemand die ihm bei dem Erwerb einer Hypothek bekannte und mitübernommene Entpfändungspflicht nicht erfüllt.

aa) OLG. **28** 282 (KG.). Verschweigung der Entmündigung beim Vertragsschlusse macht schon dann nach § 826 haftbar, wenn der Entmündigte bei der Bestellung die Absicht hatte, zu zahlen, aber es unterlassen hat, die erforderlichen Mittel bereitzustellen. Dolus eventualis genügt.

bb) LeipzZ. **14** 1574, R. **14** Nr. 765 (Hamburg). Es verstößt in der Regel nicht gegen die guten Sitten, wenn im Hauptteil eines Blattes vor einem gewerblichen Unternehmen gewarnt wird, von dem in der gleichen Nummer eine Anzeige erscheint.

cc) R. **14** Nr. 1101 (Colmar). Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Dentist einem Patienten auf dessen Verlangen seine gesunden Zähne auszieht und sie durch ein künstliches Gebiß ersetzt, obwohl er weiß, daß dies den Regeln der Kunst gröblich widerspricht.

dd) SchlHolstAnz. **14** 101 (LG. Kiel). Der Ersteher eines Grundstücks, der, um Vorausverfügungen über die Mieten zu beseitigen, den Mietern kündigt und neue Verträge mit ihnen abschließt, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

§ 828. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1531, R. **14** Nr. 1837. Bei der Frage, ob ein 8 jähriger Knabe fahrlässig gehandelt hat, bleibt sein jugendliches Alter unberücksichtigt. Den Mangel der Einsicht hat der Knabe geltend zu machen und zu beweisen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2070. Einem jugendlichen Lehrling sind Unvorsichtigkeiten bei der Bedienung einer gefährlichen Vorrichtung nicht schwer anzurechnen.

3. SächsRpflA. **14** 96 (Dresden). Kein mitwirkendes Verschulden des Verletzten möglich, wenn dieser zur Zeit des Unfalls das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet hatte.

§ 830. 1. **RG. 84** 188, JW. **14** 536. Eine Beihilfe Dritter ist auch denkbar, wenn dem § 1 G. über die Sicherung der Bauforderungen zuwider das Baugeld zu anderen Zwecken verwendet wird.

2. **RG.** WarnE. **14** 217, R. **14** Nr. 1267 u. 1268. Nachträgliche Zahlung von Kosten einer von einem Dritten ausgegangenen verhöhnenden Zeitungseinrückung begründet noch nicht allein Mithaftung für den Schaden, der durch die Einrückung

entstanden ist. Eine Eideszuschiebung über „Mitwirkung" bei einer unerlaubten Handlung entspricht nicht dem Inhalt des § 830 BGB.

§ 831. 1. a) **RG. 83** 241. Für arglistige Vorspiegelungen des Vertreters bei Verkaufsverhandlungen haftet der Vertretene nicht nach § 831, sondern schlechthin.

b) **RG.** DJZ. **14** 753. Haftung des Vollmachtgebers für das Verschulden eines außerhalb der Grenzen seiner Vollmacht handelnden Vertreters (Urt. V. 192/13 v. 4. März 1914).

c) **RG.** R. **14** Nr. 2383. Wer sich die von ihm geführten Unterhandlungen eines Dritten dem Vertragsgegner gegenüber zu eigen macht, haftet auch für Arglist des Unterhändlers, die er nicht als solche erkannte (**RG.** V. 534/13 2. Mai 1914).

d) **RG.** SeuffA. **69** 357, JW. **14** 471, LeipzZ. **14** 1207, R. **14** Nr. 1420. Wer einen anderen mit den Verhandlungen über einen Vertrag beauftragt und sich selbst nur die Zeichnung vorbehält, haftet für eine von dem Beauftragten bei den Verhandlungen verübte arglistige Täuschung nach § 831.

2. Struckberg, LeipzZ. **14** 1523. Die Frage, inwieweit der Vertretene für Arglist des Vertreters haftet, ist vom 2. und vom 5. Zivilsen. (Entsch. zu 1 a u. 1 d) entgegengesetzt entschieden worden. Eine Plenarentscheidung ist erforderlich.

3. **RG.** R. **14** Nr. 1688. Delikts- und Vertragshaftung des Geschäftsherrn können nebeneinander bestehen.

4. HessRspr. **15** 38 (Darmstadt). Die Haftung des Dienstherrn nach § 831 BGB. ist durch das Verschulden des Angestellten nicht bedingt.

5. **RG.** R. **14** Nr. 47. Wenn sich die Verrichtung des vom Eisenbahnfiskus bestellten Kranmeisters nicht in der Untersuchung des Krans und der Ketten erschöpft, er vielmehr auch den Benutzern des Krans Hilfe zu leisten hat, so sind Kran und Ketten Gerätschaften im Sinne des § 831.

6. a) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 928, JW. **14** 353. Widerrechtlich im Sinne des § 831 BGB. ist jede objektive Verwirklichung des Tatbestandes einer unerlaubten Handlung. Dies trifft auch auf den Wagenführer B. zu. Indem er mit dem Kraftwagen die beiden Schaffner anfuhr, hat er ihnen eine nach § 823 Abs. 1 BGB. unerlaubte Körperverletzung objektiv widerrechtlich verursacht.

b) **RG.** R. **14** Nr. 1269. Eine „widerrechtliche Schadenszufügung" im Sinne des § 831 hat zur Voraussetzung, daß mindestens objektiv der Tatbestand einer unerlaubten Handlung gegeben ist. Die auf Fahrlässigkeit beruhende, benachteiligende Einwirkung auf die Vermögenslage als solche stellt sich nicht ohne weiteres als eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung und damit als eine widerrechtliche Schadenszufügung im Sinne des § 831 dar.

c) **RG.** R. **14** Nr. 1103. Wo das Tun des Angestellten im engsten inneren Zusammenhang mit der ihm aufgetragenen Verrichtung steht, also der Zusammenhang zwischen der aufgetragenen Verrichtung und der Schadenszufügung gegeben ist, kann sogar eine vorsätzliche und arglistige Handlung des Angestellten die Verantwortung des Geschäftsherrn nach § 831 BGB. begründen.

d) **RG.** R. **14** Nr. 1687. Liegt ein innerer Zusammenhang zwischen Verrichtung und Anstellung vor, so haftet der Geschäftsherr sogar (unbeschadet seines Entlastungsbeweises) für arglistige Handlungen des Angestellten gegenüber Vertragsgegnern des Geschäftsherrn.

e) OLG. **28** 290 (Braunschweig). Schadenszufügung bei Gelegenheit der Ausführung eines Auftrags, nicht aber bei Ausführung, wenn der Schaden dadurch entstanden ist, daß der Bote den Kläger mit aufs Rad nahm und dieser dabei mit seinem Fuß ins Getriebe geriet.

7. Stellung als Geschäftsherr.

a) **RG.** RheinA. **111** 40. Ein gemeinnütziger Verein, der auch eine Pflegeanstalt

unterhält, ist nicht verpflichtet, die Anordnungen des leitenden Arztes auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen, und haftet für dessen Versehen nur nach § 831.

b) OLG. **28** 289 (Celle). Nicht Geschäftsherr im Sinne des § 831 ist die Eisenbahnverwaltung, wenn der Betrieb auf Rechnung und Gefahr einer Kleinbahngesellschaft ausgeübt wird. Als Geschäftsherrin kommt lediglich die Kleinbahngesellschaft in Frage.

8. Personenkreis.

a) RG. ElsLothJZ. **14** 198. In vielen Fällen wird der Unterschied des Angestellten im Sinne des § 831 BGB. und des selbständigen Unternehmers mit dem Unterschied eines Dienstvertrags und eines Werkvertrags zusammenfallen.

b) RG. LeipzZ. **14** 758. Keine Haftung für den Geschäftsvermittler.

c) RG. WarnE. **15** 5. Ein Gläubiger, dessen Anwalt fahrlässig fremde Sachen versteigern läßt, kann sich nicht auf § 831 berufen, sondern muß für seinen Anwalt unbedingt einstehen, weil die Tätigkeit des Anwalts in den Bereich der Prozeßvollmacht fällt.

9. Überwachungspflicht (JDR. **12** Ziff. 9).

a) RG. WarnE. **14** 50. Umfang der Beaufsichtigungs- und Kontrollpflicht einer Stadtgemeinde bei Vornahme von Straßenarbeiten (s. auch oben § 823 Ziff. 6 ff.).

b) RG. EisenbE. **30** 217 s. JDR. **12** § 831 Ziff. 9 e.

c) RG. R. **14** Nr. 2074. Mangel der Sorgfaltspflicht kann darin bestehen, daß zur Aufsicht über einen jungen Lehrling eine zu jugendliche Person bestellt wurde.

d) RG. JW. **14** 678, R. **14** Nr. 1562. Hat der Portier bei Eintritt der Dunkelheit für die Beleuchtung einer sehr großen Anzahl von Treppenaufgängen zu sorgen, so hat der Hausbesitzer die Pflicht, ihn über die Reihenfolge seiner Verrichtungen zu unterweisen, damit die besonders im Dunkeln gelegenen Aufgänge rechtzeitig beleuchtet werden.

e) RG. R. **14** Nr. 1686. Wer einen 19 jährigen Burschen zum Betrieb eines ausgelassenen Spieles (Taifunrad) verwendet, hat die Pflicht fortdauernder Aufsicht; eine einmalige Weisung, die Gäste nicht zu berühren, genügt nicht.

f) RG. JW. **14** 1039. Abgesehen von der Jugend des W. — er war zur fraglichen Zeit höchstens 24 Jahre alt — ist erwiesen, daß er, der zunächst Maurer war, später die Prüfung in einer Baugewerkschule bestand und dann etwa zwei Jahre bei Privatbaumeistern und Baubehörden zur Zufriedenheit, aber hauptsächlich auf dem Büro gearbeitet hat, ehe er 1908 bei der Beklagten eintrat, eine besondere Ausbildung im Tiefbau überhaupt nicht erfahren hat. In der Auswahl einer derartigen Persönlichkeit kann nicht die Betätigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gefunden werden, und dies um so weniger, als aus den Feststellungen des Berufungsgerichts zu entnehmen ist, daß der von W. zu überwachende Unternehmer sich in Kanalisationsarbeiten, wie der Beklagten bekannt sein mußte, offenbar ebenfalls noch nicht betätigt hatte.

g) OLG. **28** 290 (Braunschweig). Kein Verschulden, wenn der Geschäftsherr einem 14 jährigen Boten ein Fahrrad anvertraut hat.

h) OLG. **28** 289 (München). Kein Verschulden, wenn dem Geschäftsherrn die Kurzsichtigkeit seines Boten entgangen ist.

i) OLG. **28** 290 (Rostock). § 831 Satz 2 stellt nicht schlechthin den Grundsatz auf, daß jeder Geschäftsherr zu einer Leitung des Arbeiters bei jeder Verrichtung der Arbeiten verpflichtet sei.

10. R. **14** Nr. 1270 (Hamm). Für einen Mißbrauch des Firmenstempels durch seinen Angestellten haftet der Geschäftsinhaber dem geschädigten Dritten nur dann, wenn ihn hinsichtlich der Verwahrung des Stempels, der Möglichkeit der Benutzung durch einen unbefugten Angestellten ein Verschulden trifft.

11. Beweis und Gegenbeweis (JDR. 12 Ziff. 13).

a) **RG.** R. **14** Nr. 622. Ein Meister ist hinsichtlich seines Gesellen nicht schon deshalb entlastet, weil er ihn früher während dreijähriger Lehrzeit als tüchtigen und zuverlässigen Lehrling kennen gelernt hat; ist der Geselle 13 Monate auswärts gewesen, so kann der Meister den Entlastungsbeweis nur führen, wenn er sich entweder bei dem Dienstherrn erkundigt oder selbst den Gesellen als solchen erprobt hat.

b) **RG.** R. **14** Nr. 1102. Die ganz allgemein aufgestellte Behauptung, der Vereinskanonier eines Kriegervereins sei zur Bedienung der Böller ungeeignet, weil er sich früher selbst mehrfach beim Abschießen der Böller verletzt habe, genügt nicht, um dem beklagten Verein die Beweispflicht zur Widerlegung dieser Behauptung aufzubürden.

c) **RG.** ElsLothJZ. **14** 209, EisenbE. **30** 505, WarnE. **14** 78, R. **14** Nr. 2071—2073. Wenn im Fall eines Eisenbahnunfalls Schadensersatz auf Grund von § 831 gefordert wird, braucht der Kläger nicht etwa ein Verschulden seitens des Bahnpersonals nachzuweisen, vielmehr ist es Sache der Eisenbahn, sich zu exkulpieren. Der Kläger braucht nur darzutun, daß den Schaden eine vom Beklagten zu einer Verrichtung bestellte Person in Ausführung der Verrichtung dem Dritten zugefügt hat, was sich wieder ohne weiteres aus dem Sachverhalt ergeben kann.

d) **RG.** R. **14** Nr. 1419. Der Geschäftsherr genügt in vielen Fällen, wenn die Verhältnisse dieselben geblieben sind wie bei einer zeitlich nicht fern gelegenen Einstellung des Angestellten in seine Dienste, vorerst seiner Beweispflicht, wenn er nachweist, bei der Einstellung die erforderliche Sorgfalt beobachtet zu haben; erst wenn die Führung des Angestellten in der Zwischenzeit bis zur Ausführung der schadenstiftenden Verrichtung Bedenken wegen seiner Tauglichkeit ergeben mußte, hat er den Beweis der Sorgfalt auch auf die spätere Zeit zu richten, und hierfür wird es im besonderen erforderlich, den Entlastungsbeweis auch auf eine regelmäßige Aufsichtführung zu erstrecken.

e) **RG.** R. **14** Nr. 48. Der Angestellte muß nicht nur zur Zeit der Bestellung zu einer Aufgabe, sondern auch noch zur Zeit deren Verrichtung die Befähigung hierzu besessen haben. Mußte seine Führung in der Zwischenzeit zwischen der Anstellung und dem Unfall Bedenken wegen seiner Tauglichkeit ergeben, so hat der Geschäftsherr den Entlastungsbeweis auch dahin zu richten, daß er den Angestellten regelmäßig und in ausreichendem Maß beaufsichtigt habe.

f) OLG. **28** 292, EisenbE. **30** 213 (Dresden) s. schon JDR. **12** Ziff. **13 i.**

g) OLG. **29** 334, SchlHolstAnz. **14** 49 (Kiel). Einem Berufeneren als dem Grafen Zeppelin kann die Führung eines Luftschiffs nicht anvertraut werden.

12. Einzelne Fälle (JDR. **12** Ziff. 14).

a) *Bezold, EisenbE. **30** 123 ff. s. oben zu § 823 Ziff. I 10 a α u. § 1004 Ziff. 1.

b) Hörle, R. **14** 492. Der Mieter haftet für den Schaden, den der Frachtführer oder seine Leute beim Umzug anrichten, grundsätzlich nach § 278, nur nach § 831 aber insoweit, als die Schadenszufügungen außerhalb des Umzugsgeschäfts erfolgt sind.

c) **RG. 84** 222, JW. **14** 465, WarnE. **14** 200. Der Mieter haftet für die Fahrlässigkeit seiner Angestellten, in Verfolg deren die Mietsache beschädigt wird, nicht aus § 831, sondern nach § 278 BGB.

d) **RG.** JW. **14** 401, BayRpflZ. **14** 168, WarnE. **14** 399. Wer einen Landarzt mit seinem Gespann holen läßt, haftet für den Kutscher nach § 278, nicht nur nach § 831.

e) **RG. 83** 343, JW. **14** 302. Eine Straßenbahngesellschaft haftet ihren Fahrgästen für Verschulden ihrer Angestellten nicht nur insoweit aus § 278, als diese den Wagen bedienen, auf dem sich der Verletzte befand, Erfüllungsgehilfen sind vielmehr auch die Angestellten, die an dessen Beförderung nicht unmittelbar beteiligt sind.

f) **RG.** LeipzZ. **14** 1112. Eine Aktiengesellschaft haftet für Delikte ihres Filialleiters nach § 31.

g) PosMSchr. **14** 65 (Posen). Ein Prinzipal, der seinen Reisenden durch seinen Kutscher zur Bahn fahren läßt, haftet für Verschulden des Kutschers dem Reisenden nach § 278.

h) SächsRpflA. **14** 291 (Dresden). Haftung einer Botenjungengesellschaft für ihren Boten, der Geld unterschlagen hatte, nach § 278, nicht § 831.

i) **RG.** JW. **14** 759, WarnE. **14** 263. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts ist der Unfall dadurch herbeigeführt worden, daß eine Attrappe auf den Verkaufstisch gestellt worden war, ohne sie hinreichend zu befestigen. Es ließe sich fragen, ob hier von einem Mangel der Sorgfalt in der Beschaffung von Vorrichtungen oder Gerätschaften überhaupt gesprochen werden kann oder nicht vielmehr lediglich von einem Mangel der Sorgfalt eines Angestellten. Indessen kann dies dahingestellt bleiben, da die Herstellung der Attrappendekoration durch die Verkäuferinnen oder die Tischler unter der Verantwortung und Leitung des Abteilungsleiters B. und des Aufsichtsherrn F. erfolgt und bezüglich beider der Entlastungsbeweis erbracht worden ist (s. auch oben §§ 823 ff. Ziff. 7 d).

k) Großbetrieb.

α. **RG.** BadRpr. **14** 61 s. schon JDR. **12** § 831 Ziff. 13 c.

β. **RG.** JW. **14** 759, WarnE. **14** 263, R. **14** Nr. 2446—2448. Wenn der Umfang einer großen Verwaltung oder wenn andere persönliche Hindernisse dem Geschäftsherrn die Auswahltätigkeit hinsichtlich der anderen Angestellten unmöglich machen und diese einem höheren Angestellten übertragen werden muß, ist der Entlastungsbeweis bezüglich dieser letzteren Person zu führen (**RG.** 78 108, WarnE. **13** Nr. 364). Der Geschäftsherr kann sich aber damit allein, daß der höhere Angestellte sorgfältig ausgewählt ist, nicht entlasten. Hinzukommen muß, daß auch solche Einrichtungen und allgemeine Anordnungen bestehen, nach denen die höheren Angestellten in dem ihnen zugewiesenen Wirkungskreise zu verfahren haben. Diese Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, ist regelmäßig Sache des Geschäftsherrn, und insoweit hat er den Sorgfaltbeweis für seine eigene Tätigkeit zu führen.

γ. **RG.** SeuffA. **70** 24, LeipzZ. **14** 1718. Bei Großbetrieben ist der Entlastungsbeweis auf die sorgfältige Anstellung des höheren Angestellten zu richten (**RG.** 78 107). Der sorgfältig Ausgewählte wird aber erst dann zu einem sorgfältig Angestellten, wenn der Geschäftsherr, um ihn im übertragenen Wirkungskreise nicht eigenmächtig und unabhängig walten und schalten zu lassen, ihn solchen organisatorischen Einrichtungen und Anordnungen unterstellt, die es ermöglichen und gewährleisten, seine Tätigkeit zuverlässig zu regeln und zu überwachen.

δ. OLG. **28** 292 (Cöln). Der Entlastungsbeweis wird hinsichtlich der höheren Angestellten geführt.

l) Auswahl eines Chauffeurs (JDR. **12** Ziff. 14 c, s. auch oben § 823 Ziff. I 13 g).

α. **RG.** **84** 423, R. **14** Nr. 1689. Für die Kraftwagenführer ist wegen der Gefährlichkeit des Betriebs der Kraftwagen und der möglichen Schnelligkeit ihrer Bewegung ein besonders großes Maß von Umsicht, Besonnenheit und Achtung vor der öffentlichen Ordnung, und deshalb von dem Geschäftsherrn bei Prüfung, Anstellung und Beaufsichtigung der Kraftwagenführer eine besondere Berücksichtigung dieser persönlichen Eigenschaften zu verlangen.

β. **RG.** ElsLothJZ. **14** 209, WarnE. **14** 80. Wenn der Kraftdroschkenbesitzer sich vor Einstellung eines Chauffeurs durch Zeugnisse über dessen Ausbildung und über vor der Behörde bestandene Prüfung unterrichtet hat, ihn auch eine längere Zeit durch einen älteren Angestellten hat erproben lassen und ihn wiederholt auf seine

Nüchternheit kontrolliert hat, so wird der Entlastungsbeweis für die sorgfältige Auswahl des Chauffeurs in der Regel als geführt erachtet werden können.

γ. EisenbE. **30** 229 s. schon JDR. **12** Ziff. 14 c α.

δ. **RG.** WarnE. **14** 80, R. **14** Nr. 200. Die dem Kraftdroschkenbesitzer obliegende Erprobung der neu anzustellenden Fahrer kann auch durch eine geeignete Hilfsperson erfolgen.

m) Auswahl eines Fuhrmanns. BadRpr. **14** 61 (Karlsruhe). An die Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn im Bau- und Transportgewerbe müssen besonders strenge Anforderungen gestellt werden.

n) **RG.** JW. **14** 1082, WarnE. **15** 34. Der Reeder hat das Verschulden des Zwangslotsen nicht zu vertreten (das Urteil des OLG. Kiel s. oben §§ 823 ff. Ziff. 7 i).

§ 832. (S. auch oben § 823 Ziff. I 13 k.) 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 999, JW. **14** 298, LeipzZ. **14** 765, WarnE. **14** 307, R. **14** Nr. 483. Hat ein fast volljähriger, gelegentlich zu Ausschreitungen neigender Sohn eigenwillig das Haus des Vaters verlassen, befindet er sich aber in geordneten Erwerbs- und Unterkunftsverhältnissen, so ist der Vater aus dem Gesichtspunkt des § 832 weder verpflichtet, seinen Sohn zur Rückkehr ins väterliche Haus zu zwingen, noch auch, ihn ständig zu überwachen. (Das Urteil grenzt § 832 gegen § 1631 ab.)

2. **RG.** WürttRpflZ. **14** 222. Spiel- und Schießgeräte, die jugendlichen Knaben zum Spielen dienen (Bogenschießen), dürfen ihnen dann frei zum Spielen überlassen werden, wenn sie über deren Handhabung so eindrucksvoll und ausreichend unterwiesen werden, daß eine Gefahr beim Spielen nicht weiter zu besorgen ist (**RG.** WarnE. **12** Nr. 212). Daß das Schießen nur unter Aufsicht stattfinden darf, kann rechtlich nicht anerkannt werden; eine solche Anforderung würde zu einer ungerechtfertigten Überspannung der väterlichen Aufsichtspflicht führen.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2659. Für die Frage, ob einem 18 jährigen jungen Mann die verständige Handhabung einer Schußwaffe zuzutrauen ist, kann nicht der Umstand zum Vergleich herangezogen werden, daß der Staat ihn bereits mit 18 Jahren militärpflichtig erklärt und ihm Schußwaffen von besonderer Gefährlichkeit in die Hand gibt.

4. **RG.** R. **14** Nr. 1421. Für die Frage, ob 10—12 jährigen Knaben Schußwaffen überlassen werden dürfen, kommt es auf die Art des Schießwerkzeugs an.

5. **RG.** R. **14** Nr. 1422. Die Aufbewahrung einer Windbüchse in einem unverschlossenen Schrank kann auch dann schuldhaft sein, wenn die Munition verschlossen aufbewahrt wird.

6. **RG.** JW. **14** 198. Mag auch bei einem nahezu 15 jährigen Knaben in bezug auf die Aufbewahrung und Überlassung eines Schießwerkzeugs in erster Linie dem Vater die Aufsichtspflicht obliegen (vgl. Urt. d. erk. Sen. vom 16. Februar 1911, VI. 11/10 und RGRKomm. Anm. 7 zu § 832 BGB.), so ist doch daneben gemäß § 1634 BGB. auch die Mutter zur Ausübung der ihr obliegenden Aufsicht verpflichtet.

7. **RG.** R. **14** Nr. 201. Einen 6 jährigen Knaben darf man nicht ohne Aufsicht auf der Straße mit Pfeil und Bogen spielen lassen.

8. LeipzZ. **14** 596, R. **14** Nr. 623 (Stuttgart). Der Aufsichtspflichtige haftet auch dann, wenn der Aufsichtsbedürftige nur aus § 830 Abs. 1 Satz 2 — weil sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden verursacht hat, für den Schaden verantwortlich zu machen ist.

§ 833. I. Abs. 1. 1. Begriff des Tierhalters (JDR. **12** Ziff. 1 u. frühere Zitate).

a) OLG. **28** 293 (München). Tierhalter ist nicht der gewerbsmäßige Viehkommissionär oder der Gelegenheitskommissionär.

b) OLG. 28 293, HansGZ. **14** Beibl. 231, R. **14** Nr. 1271 (Hamburg). Wer ein Pferd auf einige Wochen gegen Futtergeld in Pflege gibt, bleibt Tierhalter, der andere ist nur Tierhüter. Bei seiner Klage gegen den Tierhalter kommt aber stillschweigender Ausschluß der Tierhalterhaftung in Frage.

c) **RG.** JW. **15** 91. Ein Bäcker und Wirt, dessen Geschäft es mit sich bringt, daß er sein Pferd aus Entgegenkommen gegen seine Kunden diesen häufig unentgeltlich leiht, bleibt auch für die Zeit, für die er sich der Herrschaft über das Tier entäußert, Tierhalter. Der Fall ähnelt dem in WarnE. **12** Nr. 252 und dem in JW. **06** 197 behandelten, dagegen weicht ab **RG. 62** 79.

2. Minderjähriger als Tierhalter. *Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erl. 42. Das. 126: Erörterung der Haftung des Tierhalters im Falle der Schädigung des Jagdherrn durch Beißen eines jagdbaren Tieres. (Es handelt sich um einen Fasan, und es wird erwogen, ob es einen Unterschied macht, ob zahme oder wilde Fasanerie in Frage steht.)

3. Kausalzusammenhang (JDR. **12** Ziff. 3).

a) **RG.** JW. **14** 36, LeipzZ. **14** 375, WarnE. **14** 31 f. JDR. **12** § 833 Ziff. 3 b.

b) **RG.** JW. **14** 471, LeipzZ. **14** 1115, WarnE. **14** 222. Die Anwendung des § 833 BGB. hat nicht eine unmittelbare Einwirkung des Tieres des belangten Tierhalters zur Voraussetzung. Eine Einwirkung kann unter Umständen auch darin gefunden werden, daß der Hund des belangten Tierhalters ein anderes Tier angreift oder verfolgt und hierdurch schadenbringende Bewegungen des angegriffenen Tieres hervorruft (Urt. des erk. Sen. vom 5. Oktober 1905 u. 5. März 1906, IV. 173/05, GruchotsBeitr. **50** 668, 973). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unterliegt dessen Annahme keinem Bedenken, daß der der Klägerin erwachsene Schaden auf den feindlichen Angriff des bissigen Hundes des Beklagten zurückzuführen ist, selbst wenn die in den Kampf der Hunde eingreifende Klägerin von ihrem eigenen, in der Abwehr um sich beißenden Hunde verletzt worden sein sollte. Die Klägerin setzte sich durch ihr Eingreifen mit ungeschützter Hand allerdings der Gefahr aus, von den Hunden gebissen zu werden. Ein solches Eingreifen stellt im allgemeinen ein Verschulden im Sinne des § 254 BGB. dar (Urt. des erk. Sen. vom 13. Oktober 1913, IV. 296/13). Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß bei Entstehung des hier in Betracht kommenden Schadens ein schuldhaftes Verhalten der Klägerin mitgewirkt hat. Es stellt aber weiter fest, daß die Klägerin in Bestürzung und Schrecken über den unvermuteten Angriff des Hundes des Beklagten sich zu ihrer unvorsichtigen Handlungsweise hat verleiten lassen.

c) **RG.** WarnE. **14** 422, R. **14** Nr. 2660. Der adäquate Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn ein aus der Weide ausgebrochenes Pferd auf der Landstraße im Galopp auf ein herankommendes Fuhrwerk zuläuft, sich quer über den Weg unmittelbar vor das eingespannte Pferd stellt und dieses dadurch zum Scheuwerden und Durchgehen veranlaßt.

d) **RG.** JW. **14** 36, LeipzZ. **14** 375, WarnE. **14** 33. Zur Klagebegründung gehört nicht der Beweis, daß ein willkürliches Tun des Tieres vorliegt. Der Kläger braucht nur darzutun, daß er von einem Tier beschädigt worden ist.

e) OLG. **28** 296, R. **14** Nr. 202 (München). Ausbrechen eines Rennpferdes ist Äußerung eines tierischen Tuns.

f) OLG. **28** 295 (München). Keine Haftung des Tierhalters, wenn ein Hund von einem Dritten auf Menschen gehetzt ist.

g) OLG. **28** 306 (Hamburg). Verletzung des Schmiedes bei dem Beschlagen des Pferdes. Die Haftung des Tierhalters entfällt, wenn der Schmied nicht mit der erforderlichen Vorsicht zu Werke gegangen ist.

h) OLG. **28** 304 (München). Wer als Tierhalter wegen einer Verletzung, welche sein Pferd einem anderen Pferd zugefügt hat, in Anspruch genommen wird, muß

für seine Entlastung auch wirklich den Nachweis erbringen, daß das verletzte Tier bei dem Unfall mitgewirkt habe.

i) OLG. 28 294 (Colmar). Wer auf einem Fahrweg den Verkehr durch Anbinden von Ziegen mit einem zu langen Seil stört, haftet nicht nach § 833, sondern nach § 823 BGB.

II. Abs. 2.

1. OLG. 28 298 (Karlsruhe). Bienen sind keine Haustiere.

2. Handelsvieh. OLG. 28 298, BadRpr. 14 67 (Stuttgart). Die zu Handelszwecken angeschafften Haustiere sind während der Zeit des Besitzes des Händlers Haustiere.

3. Erwerbstätigkeit.

a) OLG. 28 302 (Breslau). Dienstpferde des Militärfiskus sind Haustiere.

b) OLG. 28 300 (München) s. schon JDR. **12** Ziff. II 3 b.

c) OLG. 28 303 (Colmar). Daß ein Pferd außer zum Bierfahren auch bisweilen als Kutschpferd dient, ist unerheblich.

d) ElsLothJZ. **14** 356 (Colmar). Haftung des Tierhalters für Tierschaden durch einen Kettenhund.

4. Sorgfaltspflicht. Beweispflicht (JDR. **12** Ziff. II 2 u. 4).

a) α. **RG.** JW. **14** 36, LeipzZ. **14** 375, WarnE. **14** 31. Der Tierhalter ist nicht schon befreit, wenn er nachweist, daß er einen tauglichen Tierhüter bestellt hatte, zu seinen Sorgfaltspflichten gehört es auch, daß er kein ungeeignetes (leicht durchgehendes) Pferd verwendet.

β. **RG.** WarnE. **14** 422. Maß der Beaufsichtigung eines auf der Weide befindlichen Pferdes.

γ. **RG.** WarnE. **14** 33. Es kann unerörtert bleiben, ob nicht von der Verwendung eines bissigen Pferdes in der Großstadt überhaupt Abstand zu nehmen ist, in jedem Fall darf es nicht zeitweilig unbeaufsichtigt auf der Straße stehen bleiben.

δ. **RG.** WarnE. **15** 26. Die Pflicht zur Beaufsichtigung eines bissigen Pferdes beschränkt sich nicht auf die Bestellung eines tauglichen Tierhüters.

ε. OLG. 28 305 (Hamburg). Ein noch junges, etwas hitziges und unruhiges Pferd darf nicht an Bahnhöfen und ähnlichen Orten vom Kutscher allein gelassen werden.

ζ. ElsLothJZ. **14** 296 (Colmar). Haftung des Eigentümers für die dem Pferdepfleger durch sein bösartiges Pferd zugefügte Körperverletzung.

b) **RG.** R. **14** Nr. 49. Von dem Begriff der Beaufsichtigung werden Anordnungen allgemeiner Art über die Verwendung der Tiere mitumfaßt.

c) α. **RG.** WarnE. **14** 351. Den ihm nach § 833 Satz 2 obliegenden Entlastungsbeweis hat der Tierhalter in vollem Umfang zu erbringen. Bleibt daher irgendein Umstand unaufgeklärt, der für die Frage, ob bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet ist oder nicht, von Bedeutung erscheint, so darf das nicht zugunsten, sondern muß zuungunsten des Beweispflichtigen verwertet werden (WarnE. **11** Nr. 403 u. **14** Nr. 19).

β. **RG.** WarnE. **14** 33. Sache des Tierhalters ist es, alles, was zu seiner Entlastung dienen kann, in vollem Umfang zu beweisen.

d) **RG.** R. **14** Nr. 2661. Die Frage, ob das Vorbeiführen eines Pferdes nahe an einer anderen Person eine Fahrlässigkeit darstellt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

e) OLG. 28 303 (Colmar). Der Zweck der Novelle, einen erweislich schuldlosen Tierhalter von der Haftung zu befreien, würde vereitelt, wenn man ihn für jedes Versehen des Tierhüters ohne weiteres haftbar machen würde.

f) OLG. 28 300 (München). Ein Hofhund darf nicht an eine zu dünne und abgenutzte Kette gelegt werden.

g) OLG. 28 300 (München). Einen Hund, der als Fang- und Metzgerhund abgerichtet ist, darf man nicht frei herumlaufen lassen, zum mindesten muß man ihn mit einem Beißkorb versehen (§ 371 Ziff. 11 StGB.).

§ 834. **RG.** R. **14** Nr. 1272. Ein (Post-) Kutscher hat im Zweifel nicht durch Vertrag die Aufsicht über die Postpferde übernommen.

§ 835. OLG. 28 306 (Cassel). In Kurhessen sind wilde Kaninchen nicht jagdbar (vgl. Art. 71 Nr. 1 EGBGB.).

§ 836. 1. *Eckstein, GruchotsBeitr. **58** 329. Auch der nicht Verantwortungsfähige (Bewußtlose, Kind) haftet. Für die Auslegung sind nicht die Grundsätze über Bestandteile maßgebend. Bewegliche, nur äußerlich befestigte Sachen (Reklameschilder, Telephondrähte usw.) begründen keine Haftung.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 192 f. schon JDR. **12** § 836 Ziff. 5.

3. **RG.** WarnE. **14** 473, R. **14** Nr. 1423. Absturz eines Fahrstuhls fällt unter § 836 BGB.

4. **RG.** WarnE. **14** 473. Die Haftung aus § 836 BGB. setzt ein Verschulden des Eigentümers voraus (JW. **07** 16) und greift deshalb bei schuldunfähigen Personen nicht Platz (RGRKomm. des BGB. Anm. 1 zu § 836). Wenn Deliktsunfähigkeit im eigentlichen Sinn nicht vorliegt, kommt noch in Frage, ob nicht ein eigenes Verschulden dadurch entfällt, daß infolge der Entmündigung die Verwaltung des fraglichen Hauses dem Eigentümer entzogen und dem Vormund übertragen war (vgl. Mot. zum Entw. des BGB. II 734).

5. **RG.** LeipzZ. **14** 1115. Es ist nicht erforderlich, daß die mangelhafte Unterhaltung gerade diejenige Dachplatte betroffen hat, von welcher ein Teil sich abgelöst und den Kläger verletzt hat. Es genügt, daß das Dach im großen und ganzen mangelhaft unterhalten ist.

6. **RG.** ElsLothJZ. **14** 209, WarnE. **14** 81. Erfährt der Hausbesitzer, daß ein Dachfensterflügel infolge Lösens der Angel herabhängt, so erscheint er zum Zweck der Abwendung der Gefahr verpflichtet, ohne schuldhafte Zögerung geeignete, einem Absturz vorbeugende Maßnahmen zu treffen. Das Urteil des OLG. Kiel (JDR. 12 § 836 Ziff. 7) ist aufgehoben worden.

7. **RG.** R. **14** Nr. 350. Hat sich an einem Bau die unsorgfältige Ausführung der Eisenkonstruktion an einzelnen Teilen herausgestellt, so hat der Hauseigentümer alle Ursache, durch eine fachmännische Untersuchung klarzustellen, ob und inwieweit die Befestigung der Eisenteile auch sonst eine mangelhafte ist. Er darf mit dieser Untersuchung nicht säumen, da infolge ungenügender Befestigung jederzeit ein Unfall eintreten kann.

8. RheinA. **111** 60 (Düsseldorf). Die Haftung aus § 836 geht weiter als aus § 831 BGB.; der Besitzer muß darlegen, daß er die zur Abwendung der Gefahr *erforderliche* Sorgfalt beobachtet habe.

9. OLG. 28 310 (Karlsruhe). Ein Wasserleitungsschacht ist ein mit der Straße verbundenes Werk. Die Stadtgemeinde kann sich nicht nach § 831 exkulpieren, wenn ihr gesetzlicher Vertreter den gefahrdrohenden Zustand gekannt hat.

10. BadRpr. **14** 1 (Karlsruhe). Eine Hindernisgrabenanlage auf einer Reitbahn ist ein mit einem Grundstück verbundenes Werk.

11. OLG. 28 308 (München). Ein Grabstein ist ein mit dem Grundstück verbundenes Werk. Eine Ehefrau kann sich nicht darauf berufen, daß auf Grund des gesetzlichen Güterstandes die Pflicht der Unterhaltung des Grabsteins ihrem Mann oblag.

12. OLG. **28** 309 (München). Ein auf einem Neubau befindliches Turmgerüst ist ein mit dem Grundstück verbundenes Werk, selbst wenn es auf einem Gebäude ruht.

13. OLG. 28 311 (Cassel). Der Erblasser ist im Verhältnisse zum Erben früherer

Besitzer im Sinne von Abs. 2. Für seine Besitzzeit hat daher der Erbe keine Beweislast.

14. OLG. **28** 309 (München). Der Beschädigte hat nur die Ablösung als Folge einer objektiv fehlerhaften Einrichtung oder einer objektiv mangelhaften Unterhaltung des Werkes nachzuweisen.

§ 837. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1003, R. **14** Nr. 1838. Ein auf dem Bürgersteig einer städtischen Straße zugunsten des Eigentümers eines benachbarten Hauses angelegter Lichtschacht ist ein Werk im Sinn des § 837 BGB.

2. OLG. **28** 308 (München). Besitzer in Ausübung eines Rechtes ist auch, wer auf dem Grabe eines Angehörigen einen Grabstein aufgestellt hat.

§ 839. 1. BayObLG. **14** 649, OLG. **28** 328, R. **14** Nr. 771. Zur Anwendung des § 839 BGB. ist nur erforderlich, daß der Beamte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen, er handle seiner Amtspflicht zuwider, nicht auch, daß er die dadurch bewirkte Schädigung des Verletzten hätte voraussehen müssen.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 1116. Die Voraussehbarkeit eines Schadens ist zwar nicht Voraussetzung für die Annahme eines fahrlässigen Handelns im Sinn des § 839 BGB., wohl aber von Bedeutung für die Frage, ob der Beklagte nach den vorliegenden Umständen so handeln durfte, wie er es getan hat.

3. a) **RG.** R. **14** Nr. 1987. Zu dem Schaden, den der schuldige Beamte dem in erster Linie kraft Landesrechts haftbaren Fiskus zu ersetzen hat, gehören bei zweifelhafter Sach- und Rechtslage auch die Kosten des Rechtsstreits zwischen dem Geschädigten und dem Fiskus.

b) OLG. **28** 324 (Stuttgart). Keine Haftung des Beamten für die Prozeßkosten des Fiskus im Prozesse mit dem Geschädigten.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 661, RheinA. **111** 33, WarnE. **14** 171. Die Unmöglichkeit, von anderer Seite den Schaden ersetzt zu erhalten, bildet eine klagebegründende Tatsache, keine Einwendung.

5. BayObLG. **14** 649, R. **14** Nr. 770. Ob der Verletzte auf andere Weise Ersatz zu verlangen vermag (Abs. 1 Satz 2), bemißt sich nach dem Zeitpunkt der Erhebung der Klage, wenn nicht des Urteils gegen den Beamten.

6. PosMSchr. **14** 39 (Königsberg). § 826 bleibt stets neben § 839 anwendbar, wenn seine besonderen Voraussetzungen vorliegen.

7. R. **14** Nr. 769 (BayObLG.). Sofern der Geschädigte eine juristische Person ist, muß bei Annahme eines mitwirkenden Verschuldens festgestellt werden, wem von den Leitern oder Angestellten es zur Last fällt.

8. **RG. 84** 92, R. **14** Nr. 772. Eine lediglich entfernte und unsichere Möglichkeit einer künftigen Schadloshaltung am Erstverpflichteten steht dem Ersatzanspruch gegen den Beamten nicht entgegen (**RG. 80** 255).

9. **RG.** R. **15** Nr. 51. Der Staat kann sich ebensowenig wie ein Beamter darauf berufen, daß auch ein anderer Beamter den Schaden verursacht habe und deshalb zunächst in Anspruch zu nehmen sei.

10. **RG.** R. **15** Nr. 48. Auch bei Anwendung von § 839 Abs. 1 Satz 2 kommt es darauf an, ob die Erlangung anderweitigen Ersatzes schuldhaft unterblieben ist.

11. Fischer, PrVerwBl. **36** 149. Die städtischen Schulen sind keine Staatsanstalten; dem Staat steht nur die Aufsicht über die öffentlichen Schulanstalten der Gemeinden zu, und die städtischen Lehrer sind keine unmittelbaren Staatsbeamten.

12. **RG. 84** 27, JW. **14** 423, LeipzZ. **14** 1120. Lehrer an den höheren städtischen Schulen in Preußen sind Gemeinde- (städt.) Beamte. Für ihre Amtspflichtverletzungen haften die Stadtgemeinden nach Maßgabe des PrG. vom 1. August 1909.

13. **RG.** PrVolksschulA. **13** 233, JW. **14** 814, LeipzZ. **14** 1123. Volksschullehrer in Preußen sind unmittelbare Staatsbeamte, aber solche eigener Art. Für ihre Amts-

pflichtverletzungen haften allein sie selbst (§ 839 BGB.), nicht der Staat nach Maßgabe des PrG. vom 1. August 1909 (vgl. hierzu Meyn, LeipzZ. **14** 1102).

14. PosMSchr. **14** 98 (Posen). Die Volksschullehrer in der Provinz Posen sind unmittelbare Staatsbeamte. Für Schaden aus Schülerzüchtigungen haftet ausschließlich der Staat.

15. **RG.** R. **14** Nr. 2663. PrG. vom 1. August 1909 ist nicht anwendbar, wenn ein Lehrer in einer Freistunde (nicht in einer Schulpause) Schüler zu Arbeiten in seinem Haushalt oder Wirtschaftsbetriebe verwendet und dabei seine Aufsichtspflicht verletzt (vgl. oben § 823 Ziff. I 3 e β).

16. Delius, PrVerwBl. **36** 107. Keine Haftung des Amtes für Amtspflichtverletzungen des Amtmanns innerhalb seiner polizeilichen Befugnisse.

17. Delius, PrVerwBl. **35** 690, erörtert die Grundsätze, nach denen sich die Haftung von Behörden und Beamten bei Erteilung einer unrichtigen Auskunft über einen Gemeindebeamten richtet.

18. LeipzZ. **14** 1675 (Hamm). Für Beschädigungen von Sachen, die durch einen Amtmann als Beamter der Ortspolizei beschlagnahmt sind, haftet der Staat aus vertragsähnlichem Verhältnisse, keine Klage aus § 839 gegen das Amt.

19. SchlHolstAnz. **14** 183 (Kiel). Haftung des Amtsverbandes für den Schaden, der durch eine unrechtmäßige polizeiliche Verfügung des Amtsvorstehers erwachsen ist.

20. König, PrVerwBl. **35** 792. Der Amtmann haftet niemals persönlich für Amtspflichtverletzungen auf Grund des G. vom 1. August 1909. Der Amtskommunalverband haftet mit der Einschränkung aus § 839 Abs. 1 Satz 2 für alle staatlichen und kommunalen Amtshandlungen seines Amtmanns.

21. v. d. Pfordten, BayRpflZ. **14** 7, behandelt die Haftung des Staates für Angehörige des bayerischen Heeres nach dem BayG. vom 6. Dezember 1913.

22. Einzelne Fälle.

a) Notar (JDR. **12** § 839 Ziff. 13 a, **11** Ziff. 10 a u. frühere Jahrgänge).

α. **RG.** JW. **14** 194, R. **14** Nr. 206. Der Notar, der zur Beurkundung eines Kaufvertrags von den Beteiligten hinzugezogen wird, hat die amtliche Verpflichtung, den erklärten Willen beider in klarer und gültiger Fassung und Form zu beurkunden; hierzu aber bedarf es zunächst einer Erforschung des Willens beider, und insoweit liegt dem Notar auch eine Fragepflicht ob, als die vorgetragenen Erklärungen Zweifel über ihren Willen Raum lassen.

β. **RG.** R. **14** Nr. 205. Es besteht nach der Rechtsprechung des RG., insbesondere des erk. Sen., eine amtliche Aufklärungspflicht des beurkundenden Notars. Er hat der aufzunehmenden Urkunde den Inhalt zu geben, der dem Willen der Erschienenen und dem Zwecke der Urkundenerrichtung entspricht, und diesen Willen und Zweck zu ergründen, sobald Zweifel bestehen oder sonst ein besonderer Anlaß zur näheren Erforschung des Willens der Erklärenden besteht (**RG.** JW. **13** 490, R. **13** Nr. 3136, 3137, 3138).

γ. **RG.** JW. **14** 194, ZBlFG. **15** 177, R. **14** Nr. 351. Bei der Beurkundung des Überganges eines Handelsgeschäfts samt Firma obliegt dem Notar die Fragepflicht dahin, ob die gesetzliche Schuldenhaftung tatsächlich gewollt ist.

δ. **RG.** BayRpflZ. **15** 42. Haftung eines Notars, der zunächst vergessen hatte, die Eintragung des Ausschlusses der Haftung für die Schulden der in eine GmbH. umgewandelten offenen Handelsgesellschaft mitzubeantragen.

ε. **RG.** SeuffA. **69** 265, JW. **14** 354, DNotV. **14** 339, LeipzZ. **14** 1129, ZBlFG. **15** 656, WarnE. **14** 167, R. **14** Nr. 484. Der Notar hat die ihm kraft seines Amtes obliegenden Pflichten in eigener Person zu erfüllen. Zu diesen Pflichten aber gehört, daß er bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts sich vergewissert, daß der Inhalt der Urkunde dem wahren Willen des Erklärenden entspricht, daß dieser sich der Bedeutung der beurkundeten Erklärung voll bewußt ist. Diese Überzeugung

muß der Notar sich persönlich verschaffen. Wenn er auch zur Vorbereitung der Verhandlung sich seiner Gehilfen bedienen darf, so bleibt er doch verpflichtet, persönlich festzustellen, daß die Erkundung des Willens der Erschienenen und die erforderliche Belehrung derselben durch seine Gehilfen in sachgemäßer und erschöpfender Weise erfolgt ist. Nur ausnahmsweise, bei einfacher Sachlage, oder wenn die Erklärenden rechts- und geschäftskundige Personen sind, wird hierzu die einfache Verlesung der von dem Bureaugehilfen entworfenen Urkunde genügen.

ζ. **RG.** JW. **14** 354, R. **14** Nr. 485 u. die weiteren Zitate zu ε. Der Notar, der sich zur Erfüllung der ihm obliegenden Amtspflicht eines Gehilfen bedient, tut dies auf seine Gefahr und Verantwortung, ohne den Verletzten auf die Möglichkeit eines anderweiten Ersatzes verweisen zu können.

η. **RG.** ZBlFG. **15** 176, DNotV. **15** 38, R. **14** Nr. 2437. In der Regel besteht für den Notar, der die zu einer Eintragung im Grundbuch erforderliche Erklärung beurkundet hat, die Verpflichtung zur unverzüglichen Einreichung der aufgenommenen, in seinem Besitze belassenen Urkunde bei dem Grundbuchamte.

ϑ. **RG.** JW. **15** 92, R. **15** Nr. 50. Der Notar haftet den Vertragschließenden für Erfüllung seiner Amtspflichten nicht aus Vertrag, seine Haftung beruht auf Verletzung einer Amtspflicht. Die frühere Rechtsauffassung (**RG. 49** 26, JW. **13** 490) kann nicht aufrechterhalten werden. Sie entspricht nicht einer zutreffenden Würdigung des Wesens der Amtspflicht und wird der öffentlich-rechtlichen Stellung des Notars nicht gerecht.

ι. ElsLothNotZ. **14** 322, ElsLothJZ. **14** 249 (Colmar). Haftung des Notars auf Schadensersatz wegen verspäteter Einreichung eines Eintragungsantrags beim Grundbuchamte.

κ. **RG.** RheinA. **111** 35. Das in JDR. **12** § 839 Ziff. 13 μ ββ mitgeteilte Urt. des OLG. Düsseldorf ist hiermit bestätigt.

λ. **RG.** JW. **15** 31. Fahrlässig handelt ein Notar, der ruhig mit ansieht, daß der Gläubiger sofort nach Beurkundung des Darlehnsschuldbekenntnisses nebst Hypothekenbestellung zur Auszahlung des Darlehens schreitet, statt ihn darüber zu belehren, daß die Auszahlung des Darlehens vor der Eintragung der Hypothek Gefahren mit sich bringt. Daß die Beurkundung bereits beendigt war, ist unerheblich. Denn wenn ein Beteiligter im unmittelbaren Anschluß an die Beurkundung, im zeitlichen, örtlichen und geschäftlichen Zusammenhange mit dieser zu erkennen gibt, daß er die Bedeutung des Geschäfts nicht verstanden hat, so daß bei dem Notar Zweifel entstehen müssen, ob er das Geschäft, sei es überhaupt oder so, wie es beurkundet ist, wirklich gewollt hat, muß ihn der Notar über die Rechtslage belehren und darf sich nicht dabei beruhigen, daß die Beurkundung bereits beendigt und damit seine Amtstätigkeit erledigt sei.

μ. **RG.** R. **15** Nr. 49. Der preußische Notar muß, wenn die Parteien über den Hypothekenstand irren, seine Mitwirkung selbst dann versagen, wenn ihm die Unrichtigkeit und der Irrtum nur anderweitig bekannt geworden ist. Mindestens muß er die Parteien zur eigenen Grundbucheinsicht verweisen.

ν. **RG.** LeipzZ. **14** 1550. Gefährlichkeit der Versuche, die Stempelsteuer von Veräußerungsverträgen durch Aufnahme anderer rechtsgeschäftlicher Erklärungen zu vermeiden oder hinauszuschieben. (Aufnahme wechselseitiger unverbindlicher Kaufangebote statt eines bindenden Kaufvertrags.)

ξ. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 913. Der wegen Beschaffung einer minderwertigen Hypothek auf Schadensersatz belangte Notar kann geltend machen, daß der angeblich Geschädigte durch den Erwerb des belasteten Grundstücks in der Zwangsversteigerung einen seinen Schaden übersteigenden Gewinn erzielt habe.

ο. **RG.** R. **15** Nr. 47. Zu dem vom Notar zu ersetzenden Schaden bei falscher Beurkundung gehören auch die Stempel- und sonstigen Vertragskosten.

π. BayRpflZ. **14** 433 (BayObLG.). Überschreitung der Befugnisse seitens eines bayerischen Notars, der die Verpfändung einer Hypothek beurkundet und dabei bescheinigt: „Für den richtigen antragsgemäßen Vollzug wird amtlich gehaftet."

ρ. OLG. **28** 320 (München). Amtsversehen eines bayerischen Notars, der als Versteigerungsbeamter auf die Frage, welche Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreiben, eine unrichtige Auskunft erteilt hatte.

σ. OLG. **28** 322 (München). Amtsversehen eines bayerischen Notars, der eine unrichtige Auskunft über die durch die Vornahme des Amtsgeschäfts voraussichtlich erwachsenden Kosten abgegeben hatte.

τ. αα. **RG.** R. **14** Nr. 2449. Ein Verschulden des Notars bei Verwechselung gleichnamiger Personen verschiedenen Standes und Wohnorts wird weder durch Vorzeigung der Urkunde über die zu verpfändende Hypothek noch dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenpartei die gleiche Verwechselung unterlaufen ist.

ββ. **RG.** R. **14** Nr. 2450. Ein Notar kann sich nicht darauf berufen, daß ihm eine Personenverwechselung dadurch entgangen sei, daß die Urkunde nicht durch ihn selbst, sondern durch seinen Gehilfen entworfen wurde.

γγ. RheinARB. **32** 43 (AG. Cöln). Der beurkundende Richter oder Notar ist nicht unbedingt für die Geschäftsfähigkeit der Personen verantwortlich, deren rechtsgeschäftliche Erklärungen er beurkundet. (Vgl. auch ebenda 46 Urt. OLG. Düsseldorf.)

δδ. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 493. Über die Mittel der Identitätsfeststellungen bei Aufnahme notarieller Urkunden, insbesondere über den Ausweis durch Sachkunde und durch Vorstellung seitens eines Beteiligten. Die Vorstellung wurde im vorliegenden Falle für nicht ausreichend erklärt.

εε. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1005, R. **14** Nr. 1106. Ein Notar, der sich bei der Beglaubigung einer Unterschrift eines Bürgen mit der Rekognoszierung des Bürgen durch den Hauptschuldner begnügt, handelt nicht pflichtwidrig, wenn er aus seinem früheren geschäftlichen Verkehre mit dem Hauptschuldner die Überzeugung gewonnen hatte, daß er ein redlicher Mann sei, und wenn keine Umstände vorliegen, welche der Notar kannte oder bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte kennen müssen, die ihm Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit des Hauptschuldners im allgemeinen oder an der Wahrheit seiner Angaben im vorliegenden Falle hätte erwecken müssen.

υ. ElsLothJZ. **14** 198 (Colmar). Haftung des Notars, der einen wegen Formmangels nichtigen Erbvertrag aufgenommen hat, gegenüber dem eingesetzten Erben.

φ. ElsLothJZ. **14** 147 (Colmar). Haftpflicht eines Notars wegen unterlassener Überschreibung einer Dienstbarkeit im Hypothekenregister verneint. (Französisches Recht.)

b) Grundbuchrichter (JDR. **12** Ziff. 13 b).

α. **RG.** JW. **14** 151, WarnE. **14** 113, R. **14** Nr. 1986. Haftung des Grundbuchrichters für eine unrichtige Auskunft, auch wenn er zu deren Erteilung nicht verpflichtet war.

β. **RG.** RheinARB. **32** 89. Dienstliche Überlastung kann „grobe Fahrlässigkeit" ausschließen.

γ. R. **14** Nr. 2075 (Braunschweig). Der Grundbuchrichter darf seinen Verfügungen in der Regel seine persönliche Ansicht im Widerspruche mit der Rechtsprechung nicht zugrunde legen.

δ. Marcus, DRZ. **14** 578. Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit braucht nicht die ständige Rechtsprechung der oberen Instanzen im einzelnen zu kennen, sondern nur die grundlegenden Entscheidungen. Auch solche binden den Richter nur bei Rückverweisungen.

c) Prozeßrichter. **RG.** SeuffA. **69** 199, JW. **14** 86, BayRpflZ. **14** 43, WarnE. **14** 114. Es liegt eine Verletzung der Amtspflicht „bei einem Urteil in

einer Rechtssache“ vor, wenn der Richter die Voraussetzungen des Versäumnisurteils nicht mit der erforderlichen Sorgfalt prüft.

d) Konkursrichter. **RG.** R. **14** Nr. 2268. Der Konkursrichter handelte bisher nicht fahrlässig, wenn er einen Antrag des Gläubigers auf Erteilung eines Tabellenauszugs im Falle § 146 Abs. 1 KO. abwartete; denn die Meinungen hierüber waren bisher geteilt, und eine Entscheidung des RG. lag nicht vor.

e) Zwangsversteigerungsrichter. α. **RG.** LeipzZ. **14** 1556, WarnE. **14** 265. Der Versteigerungsrichter, der einen Termin vertagt, weil nicht feststeht, ob der vollstreckbare Anspruch als persönlicher oder als Hypothekenforderung geltend gemacht ist, handelt nicht fahrlässig.

β. **RG.** LeipzZ. **14** 1553, JW. **14** 864. Der Richter trägt in erster Reihe die Verantwortung für die richtige Berechnung des geringsten Gebots. Gegenüber seinem Verschulden kommt ein Verschulden des Anwalts eines Beteiligten, der von der nicht laut bekanntgegebenen Anmeldung einer Forderung nichts gehört hatte, überhaupt nicht in Betracht. (Das OLG. hatte das Verschulden des Anwalts für ausschlaggebend erklärt.)

γ. BayObLG. **14** 649. Der Vollstreckungsrichter macht sich ersatzpflichtig, wenn er die einem Beteiligten nach dem Verteilungsplane zukommenden Beträge an dessen nicht zum Geldempfange berechtigten Prozeßbevollmächtigten auszahlt, statt nach § 117 Abs. 2 ZVG. zu verfahren.

δ. **RG.** LeipzZ. **14** 1555. Verschulden des Zwangsversteigerungsrichters, der die Vorschrift unberücksichtigt läßt, daß das einmal gestellte Sicherheitsverlangen eines Beteiligten ohne weiteres auch für weitere Gebote desselben Bieters gilt. Daß auch der Anwalt des Klägers das frühere Sicherheitsverlangen übersah, kommt nicht in Betracht.

ε. **RG.** RheinA. **111** 37. Der Staat haftet auch nach Art. 1384 C. c. für Amtsversehen des Zwangsversteigerungsrichters.

ζ. **RG.** LeipzZ. **14** 1552. Schadensersatzpflicht eines Zwangsverwaltungsrichters gegenüber einem Zwangsverwalter, weil er versehentlich in dem Entlastungsbeschluß an Stelle des Antragstellers den Schuldner als betreibenden Gläubiger bezeichnet und damit dem Verwalter die Möglichkeit genommen hatte, sich wegen Vergütung seiner Auslagen an den zahlungsfähigen Gläubiger zu halten.

f) Vormundschaftsrichter. **RG. 84** 92, LeipzZ. **14** 1116, JW. **14** 472, DJZ. **14** 506. Haftung für unrichtige Auskunftserteilung in einem später für unzulässig erklärten Pflegschaftsverfahren.

g) SächsOLG. **35** 304. Ein Richter, der in einen Erbschein das unrichtige Zeugnis aufgenommen hat, daß der Vater zur Vertretung des minderjährigen Miterben befugt sei, haftet auf Schadensersatz.

h) Schiedsrichter. HansGZ. **14** Beibl. 26 (Hamburg). Schiedsrichter haften bei Abgabe des Schiedsspruchs nur für eine vorsätzliche Schadenszufügung.

i) Gerichtsschreiber. α. **RG.** R. **14** Nr. 1988. Legt der Einlaufbeamte eine Eilsache dem Vorsteher der Verteilungsstelle vorschriftsmäßig vor, so braucht er in seinem Sachvortrage nicht noch besonders auf den Eilvermerk hinzuweisen.

β. RheinA. **111** 37 (LG. Düsseldorf). Der nur als Protokollführer, nicht als Rechnungssachverständiger zugezogene Gerichtsschreiber ist nicht verpflichtet, auf richtige Festsetzung des geringsten Gebots durch den Richter zu achten.

k) Gerichtsvollzieher. **RG. 83** 336, JW. **14** 254, R. **14** Nr. 352. Ein Verschulden des Gerichtsvollziehers liegt schon dann vor, wenn er entgegen dem Wortlaute des Gesetzes und der Dienstvorschriften nach einer Ansicht handelt, deren Anwendung für den Gläubiger Gefahren in sich birgt (Verzichtbarkeit der Zustellfrist des § 798 ZPO.).

l) Postbeamte. α. RG. EisenbahnE. 30 215 s. JDR. 12 § 839 Ziff. 13 f ε.

β. EisenbahnE. 30 234 s. JDR. 12 § 839 Ziff. 13 f γ.

γ. OLG. 28 314, SeuffA. 69 448, BankA. 13 326 (München). Der staatliche Telegraphenbeamte haftet wegen fahrlässiger Verstümmelung von Telegrammen ins Ausland dem Absender oder Empfänger für den Schaden. Keine Pflicht des Fiskus, den Aufgabevermerk herauszugeben oder den schuldigen Beamten zu benennen.

δ. OLG. 28 317, HansGZ. 14 Beibl. 212, R. 14 Nr. 1273 (Hamburg). Haftung eines Postbeamten für die Bestellung eines eingeschriebenen Briefes trotz Empfanges eines dessen Zurückhaltung anordnenden Telegramms. Das Reich haftet nicht.

ε. OLG. 28 312 (Celle). Haftung eines Postbeamten für unrichtige Übermittlung telegraphischer Wettaufträge.

ζ. PosMSchr. 14 39 (Königsberg). Bei Unterschlagungen, die sich ein Postagent bei Annahme von Geldern zuschulden kommen läßt, haftet nur der Postagent, nicht das Reich nach dem RGes. vom 22. Mai 1910.

m) RG. JW. 14 864, LeipzZ. 14 1553, R. 14 Nr. 2662. Wird ein unzuständiger Beamter irrig um Auskunft angegangen, so hat er den Anfragenden an den zuständigen Beamten zu weisen, statt selbst Bescheid zu geben. Damit darf der Anfragende rechnen.

n) KGBl. 14 129 (KG.). Wenn ein Anwalt gegen ein Urteil Berufung einlegt, das mangels gehöriger Verkündung unwirksam war, so ist für den der Partei durch die Aufhebung des mangelhaften Urteils erwachsenen Schaden (Kosten) allein der Rechtsanwalt verantwortlich, nicht der Fiskus.

o) RG. R. 14 Nr. 2269. Hat der Fiskus einem Notariatsgehilfen auf Grund gefälschter Urkunden einen hinterlegten Geldbetrag ausgehändigt und ist er dann in einem Prozesse zur nochmaligen Zahlung an den Hinterleger verurteilt worden, so kann der auf Ersatz des gezahlten Betrags und der Prozeßkosten verklagte Notar dem Fiskus hinsichtlich des Ersatzes der Prozeßkosten daraus keinen Vorwurf machen, daß er im Vorprozesse nicht die Unzulässigkeit des Rechtswegs eingewendet habe.

p) RG. R. 14 Nr. 1412. Wird eine Stadtverwaltung wegen mangelnder Fürsorge für die Feuerlöscheinrichtungen auf Ersatz des dadurch verursachten Brandschadens belangt, so handelt es sich um eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit nach Maßgabe von §§ 823, 30, 31, 89 BGB., nicht um eine Haftung für Akte der Ausübung öffentlicher Gewalt.

q) RG. 83 308, JW. 14 257. Die Vereinsorgane der freiwilligen Feuerwehr sind nicht Beamte der Gemeinde.

r) RG. WarnE. 14 432. Schadensersatzklage eines Verhafteten, demnächst wieder auf freien Fuß Gesetzten, weil er dem Richter zu spät zur Vernehmung zugeführt worden ist. Es kann dem Beamten nicht zum Vorwurfe gereichen, daß er zunächst die dringlichsten Schritte zur weiteren Überführung des Festgenommenen und zur Ermittlung der weiteren Schuldigen tat, ehe er sich an die Niederschrift des Berichts machte (vgl. auch Mittelstein, DJZ. 14 364).

s) α. HansGZ. 14 Hptbl. 136 (Kiel). Schiffskollision im Kaiser-Wilhelm-Kanale durch Verschulden des Kanallotsen. Das Kanalamt haftet für die Beschädigung des von dem Kanallotsen geführten Schiffes nach dem RGes. vom 22. Mai 1910 über die Haftung des Reichs für seine Beamten. Bestätigt durch RG. JW. 15 328. (S. auch oben §§ 823 ff. Ziff. 7 i und § 831 Ziff. 12 n.)

β. EisenbE. 30 334 (Stettin) s. schon JDR. 12 Ziff. 13 l.

§ 840. 1. a) RG. 84 415, R. 14 Nr. 1690. Der Ausgleichsanspruch gemäß §§ 840, 426, 254 BGB. oder gemäß §§ 17, 18 KraftfahrzeugG. kann nicht auf gesamtschuldnerische Leistung der in Anspruch genommenen Mitverpflichteten gerichtet werden.

b) **RG.** JW. **14** 922. Für eine Ausgleichsforderung kann keine gesamtschuldnerische Haftung in Anspruch genommen werden.

2. **RG. 84** 415. Der Wegfall der Haftung für einen Unfall nach § 8 Kraftfahrzeug G. oder nach § 135 GewUVG. — jetzt §§ 898, 899 RVO. — dem Verletzten gegenüber hat auch den Wegfall der Ausgleichungspflicht anderen Ersatzpflichtigen gegenüber zur Folge.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2664. Wer im bewußten Zusammenwirken mit anderen zum Schaden eines Hypothekengläubigers Gutszubehör wegräumt, haftet für den gesamten dadurch verursachten Schaden.

4. **RG.** EisenbE. **30** 333. Ist eine Beschädigung des Reiters durch den Kraftwagen und das Pferd nebeneinander verursacht worden, so muß die beiderseitige Kausalität abgewogen werden.

5. OLG. **28** 308 (München). Auf das mitwirkende Verschulden des Verletzten (§ 254) bezieht sich Abs. 3 nicht.

6. OLG. **28** 267 (Braunschweig). Mehrere haften dem Beschädigten ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens als Gesamtschuldner.

§ 843. 1. Bach, JW. **14** 730. Die Auslegung, die § 843 Abs. 4 in **RG. 65** 162 und JW. **09** 137 gefunden hat, ist unbefriedigend. Man muß sich im Interesse des Unterhaltspflichtigen entschließen, den Anspruch des Verletzten kraft Gesetzes auf denselben übergehen zu lassen, unabhängig davon, ob er zur Zeit der Leistung die Absicht hatte, vom Schädiger Ersatz zu verlangen.

2. **RG.** EisenbE. **30** 357 s. JDR. **12** § 843 Ziff. 3.

3. **RG.** EisenbE. **30** 352 s. JDR. **12** § 843 Ziff. 4.

4. **RG.** JW. **14** 757, LeipzZ. **14** 1670. Schadensbeweis, wenn der Verletzte zur Ausübung seines bisherigen Berufs unfähig geworden ist. Der Ersatzpflichtige hat nachzuweisen, daß dem Verletzten ein Berufswechsel möglich ist. Dieser Gegenbeweis kann sich allerdings in besonderen Fällen (Tagelöhner, ungelernte Arbeiter) ohne weiteres ergeben.

5. **RG.** JW. **14** 81, WarnE. **14** 21, R. **14** Nr. 50. Bei Verletzung des Kindes ist der Vater berechtigt, aus dem Rechtsgrunde der Geschäftsführung oder Bereicherung Ansprüche zu erheben. Ausgeschlossen ist aber ein Rentenanspruch des Vaters als „Unterhalts- und Ausbildungsbeitrag".

6. **RG. 84** 390. Der Vater eines durch einen Unfall Verletzten kann nicht auf Feststellung klagen, daß der Ersatzpflichtige verpflichtet sei, ihm die notwendigen Aufwendungen zu erstatten, die er auf Grund seiner Unterhaltspflicht für seinen Sohn wegen der Unfallsfolgen künftig zu machen habe.

7. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1010, WarnE. **14** 187. Der Schadensersatzanspruch, der aus einer schuldhaften Verletzung des Körpers eines Menschen entsteht, ist dem Wesen nach ein einheitlicher, nach der Rechtsprechung des RG. aber (**RG. 23** 348, WarnE. **09** Nr. 43, **10** Nr. 433, **11** Nr. 179) schließt die Möglichkeit der Leistungsklage für einen Teil die Feststellungsklage in bezug auf den ganzen Anspruch nicht aus.

8. **RG.** WarnE. **14** 46. Zeitliche Begrenzung einer beanspruchten Rente kann dem Verfahren über den Betrag vorbehalten bleiben.

9. **RG** WarnE. **14** 188. Die Entscheidung darüber, ob eine Kapitalabfindung oder eine Rente zu gewähren sei, kann dem Verfahren über den Betrag vorbehalten werden (WarnE. **13** Nr. 177).

10. **RG.** EisenbE. **30** 176 s. JDR. **12** § 843 Ziff. 5 b.

11. **RG. 83** 65, EisenbE. **30** 478. Zur zeitlichen Begrenzung einer Entschädigungsrente ist kein vollständiger Beweis dahin zu verlangen, daß der Verletzte später auch ohne den Unfall erwerbsunfähig geworden wäre, vielmehr genügt ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit. Es ist unzulässig, den Ersatzpflichtigen auf § 323 ZPO. zu verweisen.

12. **RG.** LeipzZ. **14** 1032. Ist eine Rente wegen Erwerbseinbuße und wegen Bedürfnisvermehrung gefordert, so gehört die Feststellung, wann die Erwerbsfähigkeit ohne den Unfall aufgehört haben würde und wie ohne den Erwerbsverlust die Rente sich fernerhin gestaltet, in das Verfahren über den Betrag des Anspruchs.

13. **RG.** JW. **14** 408. Zeitweilige Aufwendungen, die zu den Heilungskosten gehören, begründen einen Anspruch auf Rente wegen Vermehrung der Bedürfnisse, wenn sie sich dauernd und regelmäßig nötig machen. Die Rentenentschädigung ist eine einheitliche, bei deren Festsetzung die Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit und die Vermehrung der Bedürfnisse nebeneinander in Betracht kommen.

14. **RG.** JW. **14** 874, DJZ. **14** 995, R. **14** Nr. 2270. Hat eine (körperlich verletzte) im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau die gesamten Kosten des Haushalts aus den Einkünften ihres Vorbehaltsguts bestritten und durch persönliche Besorgung des Haushalts die Kosten eines Dienstboten erspart, so ist der durch ihre Arbeitsunfähigkeit entstandene Schaden tatsächlich ihr selbst und nicht ihrem Ehemann erwachsen.

15. **RG.** NaumburgAK. **14** 23. Der Rente eines Ehemanns ist auch dann das volle Einkommen zugrunde zu legen, wenn die Ehefrau durch ihre Mitarbeit (§ 1356) es mitverdient hat.

16. BadRpr. **14** 1 (Karlsruhe). Ist vorauszusehen, daß die Arbeitsfähigkeit und der Arbeitsverdienst des Klägers bei höherem Lebensalter auch abgesehen von den Folgen des Unfalls zurückgegangen wäre, so hat dies schon bei der Festsetzung der künftigen Rente zum Ausdrucke zu kommen (**RG.** JW. **06** 27 u. 204, **08** 140).

§ 844. 1. **RG.** BayRpflZ. **14** 342. Kein Vertragsanspruch der Hinterbliebenen des auf einer Eisbahn tödlich Verunglückten gegen den Unternehmer. § 844 ist nur auf unerlaubte Handlungen sowie im Falle des § 618 BGB. anwendbar.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 1033. Nach der unverändert festgehaltenen Rechtsprechung des RG. (**RG.** **64** 350, **68** 45, **70** 101, Urt. d. Sen. vom 5. Oktober 1912, VI. 118/12) sind Versicherungsbeträge, die der Witwe aus einem von ihr oder ihrem Manne zu ihren Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrage zufließen, auf die nach § 844 zu gewährende Unterhaltsrente nicht anzurechnen. Dagegen ist das Einkommen aus der Erbschaft zu berücksichtigen (**RG.** **69** 292, **72** 437, jedoch auch **64** 350 sowie JW. **07** 130).

3. **RG.** LeipzZ. **14** 1664. Der Tod des Mannes bedeutet für die hinterbliebene Witwe nicht ohne weiteres einen Vermögensschaden; es müssen besondere Umstände hinzutreten.

4. **RG.** R. **14** Nr. 1424. Behauptet der Ersatzpflichtige, der Wegfall des Gehalts des getöteten Ehemanns sei für die Witwe durch dessen Beerbung ausgeglichen worden, so trifft ihn dafür die Beweislast.

5. **RG.** R. **14** Nr. 207. Wenngleich bei einer Klage aus § 844 in der Regel die mutmaßliche Entwicklung der Zukunft, insbesondere hinsichtlich der Dauer und des Ertrags der Erwerbsfähigkeit des Getöteten, so hinreichend zu übersehen ist, daß die Leistungsklage erhoben werden kann, so bleibt doch unter Umständen neben der Leistungsklage noch Raum für eine Feststellungsklage.

6. **RG.** EisenbE. **30** 91. Das Gericht darf aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Prozeßökonomie die Feststellung der Dauer der Rente dem Nachverfahren überlassen, sofern es dem Urteil eine Einschränkung beifügt, aber es kann die zeitliche Grenze der Rente auch schon in dem Urteil über den Grund des Anspruchs bestimmen.

7. **RG.** LeipzZ. **14** 1032, EisenbE. **30** 85. Die Frage der Dauer der Unterhaltsrente kann auch in dem Verfahren über die Höhe des Anspruchs erörtert werden, dies aber nur dann, wenn das Instanzgericht in seinem Urteil über den Grund des

Anspruchs (sei es in der Formel, sei es in den Gründen) die Erörterung über diese Frage ausdrücklich dem späteren Verfahren vorbehalten hat.

8. HansGZ. **14** Beibl. 16 (Hamburg). Ohne Klagänderung ist es unmöglich, daß Witwe und Kinder des bei einem Unfalle Verletzten und während des Prozesses Verstorbenen neben dessen Ansprüchen solche aus § 844 BGB. geltend machen.

§ 845. 1. **RG.** EisenbE. **30** 361, JW. **14** 45, HansGZ. **14** Beibl. 165. § 845 findet auf einen lediglich dem KraftfahrzeugG. unterstehenden Fall keine Anwendung.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1563. Ist die Tötung einer ausländischen Ehefrau im Inlande begangen, so ist für ein Zurückgreifen auf ausländisches Recht in Ansehung der Frage kein Raum, ob dem Witwer der Ersatzanspruch gegen den Täter der unerlaubten Handlung zusteht. Nur für die Frage kann ausländisches Recht zur Anwendung kommen, ob dem Ehemann ein Anspruch auf Leistung von Diensten gegen die Frau zustand.

3. a) **RG.** JW. **14** 45, EisenbE. **30** 361, HansGZ. **14** Beibl. 165. Die Beeinträchtigung des Erwerbes der Ehefrau durch Tätigkeit im Hauswesen oder Gewerbe des Mannes ist bei allgemeiner Gütergemeinschaft unmittelbar auch ein Schaden der Frau.

b) **RG.** PosMSchr. **14** 92. Eine Ehefrau, die in ehelicher Gütergemeinschaft lebt, kann den Ersatzanspruch in voller Höhe allein geltend machen, wenn der Ehemann der Prozeßführung zustimmt.

§ 847. 1. Josef, SächsRpflA. **14** 371. Auch bei Vorliegen eines Vertragsverhältnisses kann Schmerzensgeld verlangt werden, wenn der Tatbestand zugleich eine unerlaubte Handlung enthält. Dem Belangten steht es frei, die ihm günstigere Rechtslage geltend zu machen.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 1531. Ist der Unfall dadurch herbeigeführt, daß die Beklagte ihrer Rechtspflicht zuwider nicht mit der verkehrserforderlichen Sorgfalt das Publikum, zu dem auch ihre Fahrgäste gehören, vor den Betriebsgefahren gesichert hat, so ist der Anspruch auf ein Schmerzensgeld nach §§ 823, 847 BGB. rechtlich nicht zu beanstanden.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2451. Auch bei Verletzung eines Lehrlinges im Betriebe durch Verschulden des Meisters ist ein Schmerzensgeld gerechtfertigt.

4. **RG.** R. **14** Nr. 2452. Das auf Feststellung des entstehenden Schadens lautende Urteil umfaßt mangels besonderer Einschränkung auch den Ersatz immateriellen Schadens.

5. **RG.** WarnE. **14** 31. Die in **RG.** JW. **06** 939 vertretene Ansicht, daß der Klaganspruch unbeschränkt dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden darf erst, nachdem festgestellt worden ist, daß in Wirklichkeit ein immaterieller Schaden im Sinne des § 847 BGB. entstanden ist, ist bereits in **RG.** JW. **07** 202 wieder aufgegeben.

6. **RG.** JW. **15** 90. Jeder an Körper oder Gesundheit Verletzte hat einen Anspruch auf Entschädigung nach § 847 BGB., ohne daß es dafür eines besonderen Nachweises eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, bedarf. Die Ausmessung dieser Entschädigung ist Sache tatsächlicher Würdigung und der Nachprüfung des Revisionsgerichts nicht zugänglich, selbst wenn sie diesem sachlich unangebracht und überreichlich oder umgekehrt allzu ärmlich erscheinen sollte.

7. **RG.** SeuffA. **70** 26. Der Anspruch auf Schmerzensgeld betrifft andere als körperliche Unbilden (aus der Laufbahn herausgerissener Offizier).

8. PosMSchr. **14** 66 (Posen). Anspruch auf Schmerzensgeld bei Vorliegen eines Vertrags und gleichzeitigem Vorliegen einer unerlaubten Handlung.

9. RheinA. **111** 25 (Düsseldorf). Bei Haftung des Staates für die Beamten kann im Gebiete des französischen Rechtes kein Schmerzensgeld gefordert werden.

§ 852. 1. a) **RG.** JW. **14** 195, EisenbE. **30** 500, WarnE. **14** 82, R. **14** Nr. 208. Zeigt sich zunächst nur eine nervöse Herzschwäche, später aber ein chronisches

Herzleiden, so beginnt mit diesem eine neue Verjährung, auch wenn die später eingetretene Verschlimmerung von dem Arzte von Anfang an als mögliche Entwicklung hätte erkannt werden können, aber tatsächlich nicht erkannt worden ist.

b) **RG.** LeipzZ. **14** 766, WarnE. **14** 118. Tritt bei einem infolge eines Sturzes nur ganz unbedeutend Verletzten später ein auch nicht einmal im allgemeinen als möglich voraussehbar dauerndes Nervenleiden ein, so beginnt eine neue Verjährung.

c) **RG.** JW. **14** 355, EisenbE. **30** 515, WarnE. **14** 116. Es ist zu unterscheiden zwischen einer Verschlimmerung und einem später auftretenden Leiden anderer Art (WarnE. **09** Nr. 301). Alle Folgen, die überhaupt nur als möglich voraussehbar sind, haben als bekannt zu gelten. Ob ein neues Leiden oder Verschlimmerung anzunehmen ist, ist im wesentlichen Tatfrage.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 1551. Die Rechtsbelehrung des rechtlichen Beraters des anderen Vertragsteils braucht für den Kläger nicht bestimmend zu sein und setzt daher die Verjährung nicht in Lauf.

3. **RG.** PosMSchr. **14** 91, R. **14** Nr. 2666. Im Falle einer Pensionierung fällt die Kenntnis des Schadens nicht notwendig mit dem Ausspruche der Pensionierung zusammen, sie kann vielmehr schon wesentlich früher vorliegen; es kommt darauf an, wann der Kläger erwerbsunfähig, d. h. dienstunfähig geworden ist, und zwar in einem solchen Grade, daß er mit der Möglichkeit seiner dauernden Dienstunfähigkeit und seiner Pensionierung zu rechnen hatte.

4. **RG.** R. **14** Nr. 1425. Der Verjährungsbeginn erfordert nicht Gewißheit über den vollen Umfang des Schadens, z. B. die Notwendigkeit der Versetzung in den Ruhestand; Vorbehalt solcher Ansprüche beweist deren Kenntnis.

5. **RG.** JW. **15** 94, R. **15** Nr. 52. Einem Beamten, der nach der Verletzung weiter im Dienste verblieben ist, entsteht ein Schaden erst in dem Augenblick, in welchem die Entlassung aus dem Dienste, seine Versetzung in den Ruhestand ausgesprochen wird (JW. **14** 980, vgl. oben §§ 823 ff. Ziff. 4 f). Die für den Tatbestand des § 852 erforderliche Kenntnis von dem Schaden ist mit dem Augenblicke gegeben, in dem dem Beamten die Unausbleiblichkeit des Erwerbsverlusts bekannt geworden ist (WarnE. **12** Nr. 29).

6. **RG.** LeipzZ. **14** 1665, PosMSchr. **14** 69. Die Verjährung des Anspruchs auf Kapitalabfindung nach § 843 Abs. 3 wird dadurch unterbrochen, daß ursprünglich auf Zahlung einer entsprechenden Rente geklagt war.

7. **RG.** ElsLothJZ. **14** 210, WarnE. **14** 82. Werden sowohl vom Ehemanne der verletzten Frau als auch von dieser selbst Schadensansprüche geltend gemacht, so beginnt die Verjährung für den Anspruch des Mannes von dessen Kenntnis, die Verjährung des Anspruchs der Frau von deren Kenntnis an zu laufen.

8. **RG.** LeipzZ. **14** 766, WarnE. **14** 118. Die Verjährung wird auch unterbrochen, wenn die Klage zunächst beim sachlich unzuständigen Amtsgericht erhoben wird.

9. **RG.** R. **14** Nr. 2875. Ist durch jede einzelne von fortgesetzt vorgenommenen unerlaubten Handlungen ein neuer, selbständiger Schaden entstanden, so kommt für die Frage der Verjährung des Schadensersatzanspruchs jede einzelne Handlung für sich in Betracht.

10. **RG.** R. **14** Nr. 353. Die Behauptungs- und Beweispflicht für die Kenntnis des Geschädigten von der Person des Schädigers trifft letzteren.

11. **RG.** R. **14** Nr. 354. Kenntnis des Ersatzpflichtigen setzt voraus, daß die Klage gegen die an sich bekannte Person rechtlich überhaupt begründbar erscheint.

12. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 447, EisenbE. **30** 485. Es ist feststehende Praxis, daß der Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung, namentlich auch der Anspruch auf Ausgleich der Folgen einer Körperverletzung, ein einheitlicher Anspruch ist und nicht die Summe einzelner Ansprüche, die erst je nachdem, wie die

Folgen der Verletzung sich zeigen und Aufwendungen notwendig werden, nach und nach zur Entstehung kommen, und daß es daher für den Beginn der Verjährung nur auf die Kenntnis von dem Anspruch überhaupt und nicht darauf ankommt, ob und wie genau sich dessen Höhe bereits übersehen läßt (**RG.** JW. **09** 725 und die dortigen Zitate).

13. **RG.** R. **14** Nr. 625. Ist eine Ersatzklage auf § 823 BGB. gestützt, so findet auf die Verjährung § 852 Anwendung, auch wenn daneben Haftung ohne Verschulden behauptet ist.

14. OLG. **28** 324 (BayObLG.). Die Verjährung des Anspruchs aus § 839 beginnt nicht, solange der Verletzte damit rechnen darf, daß ihm anderweiter Ersatz zuteil wird.

15. SeuffA. **69** 451 (Dresden). Die Ungewißheit über den Umfang und die Höhe des Schadens schließt den Beginn der Verjährungsfrist nicht aus.

16. R. **14** Nr. 767 (Hamburg). Der Umstand, daß eine Handlung unter § 1 UnlWG. fällt, schließt nicht aus, daß sie auch einen Anspruch aus § 826 begründet. Ist das der Fall, so findet die Verjährungsfrist des § 852 und nicht die des § 21 UnlWG. (6 Monate) Anwendung.

17. **RG.** JW. **14** 769, BayRpflZ. **14** 769, WarnE. **14** 269. Auf Schadensersatzforderungen, die nach § 26 GewO. an die Stelle der wegen unzulässiger Einwirkungen gegebenen Ansprüche treten, findet die dreijährige Verjährungsfrist aus § 852 BGB. Anwendung (**RG. 70** 154 ff., JW. 12 31).

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Literatur: Biermann, Kommentar zum BGB. Sachenrecht. 3. Aufl. 1914. — Denecke, Zur Auseinandersetzung nach §§ 1314, 1669 BGB., zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Besitz und des Eigentumsübertragung, ZBlFG. **15** 181. — v. Eicken, Ist die Ehefrau oder eine sonstige Vertrauensperson eines Kriegsteilnehmers Besitzerin seines ihr anvertrauten, während seiner Abwesenheit fortgeführten Gewerbebetriebs, womöglich auch seiner sonstigen ihr anvertrauten Habe? JW. **14** 1136. — Focke, Das Besitzverhältnis am Schrankfachinhalte, HoldheimsMSchr. **14** 111. — Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter. — Römer, Der Besitz des Gerichtsvollziehers an den im Gewahrsam des Schuldners belassenen Sachen, WürttRpflZ. **14** 158.

§ 854. 1. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 170 ff. Die Einigung im Besitzrecht ist ein dinglicher Vertrag, bei dem aber eine Voraussetzung für die Wirksamkeit ist, daß der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Ebenso ist diese Einigung eine Verfügung. Anders ist die Konstruktion der Einigung im Liegenschaftsrechte (s. § 873) und im Fahrnisrechte (s. § 929). — Diese Einigung kann auch zugunsten Dritter erfolgen (175 ff.). Vgl. auch o. zu § 328 Ziff. 1.

2. Denecke, ZBlFG. **15** 181. Der Fall im § 854 und der im § 929 Satz 2 liegen nicht gleich. In dem zweiten Falle hat der Erwerber bereits die tatsächliche Gewalt, während er in dem ersteren Falle vor Abschluß noch keinen Besitz hat. In dem zweiten Falle braucht ferner der Veräußerer die tatsächliche Gewalt nicht aufzugeben. Dagegen würde im Falle des § 854 Abs. 2 noch eine Betätigung der tatsächlichen Gewalt durch den Veräußerer für den Erwerber die Möglichkeit der Besitzergreifung und damit des Eigentumserwerbes ausschließen.

3. Römer, WürttRpflZ. **14** 158. Der Gerichtsvollzieher und Schuldner haben an den Sachen, die im Gewahrsame des Schuldners belassen werden, unmittelbaren Mitbesitz. Die praktische Folge dieser Auffassung ist vor allem die, daß der Gerichtsvollzieher, wenn der gepfändete Gegenstand in den Besitz eines anderen als des Schuldners übergeht, sich dieser Besitzentziehung durch verbotene Eigen-

macht mit Gewalt erwehren und die entzogene Sache dem andern nach § 858 abnehmen darf. Hingegen würde die Durchführung der Zwangsvollstreckung eine erhebliche Verzögerung erfahren, wenn man den Gerichtsvollzieher als mittelbaren Besitzer auffaßt, weil er dann Klage erheben müßte.

4. *v. Eicken, JW. **14** 1116 ff. Die Ehefrau oder eine sonstige Vertrauensperson eines Kriegsteilnehmers ist Besitzerin seines ihr anvertrauten, während seiner Abwesenheit fortgeführten Gewerbebetriebs, namentlich auch seiner sonstigen ihr anvertrauten Habe, nicht etwa nur Besitzdienerin. Das charakteristische Merkmal des Besitzdienerverhältnisses besteht darin, daß der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt in einem Verhältnisse zu einer anderen Person ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen dieser anderen Person, des wirklichen Besitzers, zu folgen hat. — Ein solches Verhältnis liegt in den genannten, durch den Krieg geschaffenen Fällen nicht vor, weil a) in diesen Fällen der Kriegsteilnehmer gerade wegen seiner Einberufung und der dadurch für ihn begründeten Unmöglichkeit, sich um seine Angelegenheiten zu kümmern und sachdienliche Weisungen zu erteilen, die bezeichneten Personen zu auf ihr eigenes pflichtgemäßes Ermessen angewiesenen Verwaltern bestellt hat, b) hier ein Verhältnis im Sinne des § 868 BGB. vorliegt, vermöge dessen die Ehefrau oder die sonstige Vertrauensperson dem sie zum Verwalter und Verweser einsetzenden Kriegsteilnehmer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet ist. Den hier bezeichneten Personen stehen daher die possessorischen Rechtsbehelfe gemäß den §§ 861, 862 und 1007 BGB. gegen Entziehung oder Störung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht zu.

5. **RG.** R. **14** Nr. 209 s. JDR. **12** Ziff. 2.

6. SächsRpflA. **14** 353 (Dresden). In Schankwirtschaften liegen gelassene Gegenstände stehen in dem Besitze von niemand; der Gastwirt wird Besitzer erst mit der Entdeckung.

§ 861. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 962, WarnE. **14** 474, R. **14** Nr. 773. Die Besitzklage wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Wegnahme kein gewaltsamer Widerstand (§ 859) entgegengesetzt worden war.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1839. Der Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes aus § 861 BGB. kann abgetreten werden.

3. WürttZ. **26** 173, R. **14** Nr. 2667 (Stuttgart). Der Klaganspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes ist hinfällig, wenn der Gegner nach Klagerhebung den Besitz der Sache aufgegeben hat.

§ 865. Besitz am Inhalt eines Stahlkammerschrankfachs (JDR. 12). Focke, HoldheimsMSchr. **14** 111. Der Kunde ist alleiniger Besitzer des Schrankfachinhalts, mag es sich nun um ein Schrankfach mit oder ohne Mitverschluß handeln.

§ 868. 1. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 177 ff. § 868 BGB. enthält implicite als eine vom Gesetze fingierte Voraussetzung für die besitzrechtlichen Wirkungen des grundlegenden obligatorischen Vertrags eine sachenrechtliche Einigung. Diese kann auch zugunsten Dritter erfolgen. Vgl. o. zu § 328 Ziff. 1.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2453. Gibt der Verwahrer eine Ware für seinen Auftraggeber bei einem Lagerhalter auf Lager, so ist aus den Umständen des Falles zu entnehmen, ob der Verwahrer, der bisher unmittelbarer Besitzer war, seinen Besitz ganz aufgeben, oder ob er mittelbarer Besitzer bleiben will.

3. SeuffBl. **13** 582, R. **14** Nr. 1109 (Stuttgart). Als Grundlage des mittelbaren Besitzes an einem zur Sicherung übereigneten Warenlager kann die Leihe nicht dienen; denn Leihe zwecks Verwertung widerspricht der Pflicht zur Rückgabe der nämlichen Sache.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Die Frage nach der Rechtsnatur der dinglichen Einigung hat wieder auf Rechtsprechung und Rechtslehre einige Anziehungskraft ausgeübt (§ 873 Ziff. I 1—4). Insbesondere hat Kluckhohn sie in seiner Schrift über die Verfügungen zugunsten Dritter behandelt (§ 873 Ziff. I 1), allerdings nur zu dem Zweck, um eine Grundlage für die Beantwortung der weiteren Frage zu gewinnen, ob die Einigung mittels eines Vertrags zugunsten Dritter erfolgen darf; er bejaht im Gegensatz zum KG. (JDR. **12** zu § 873 Ziff. 2) diese Frage (§ 873 Ziff. I 3). Fuchs hat wertvolle Beiträge zur Lehre von der Vormerkung geliefert (s. die Berichte zu den §§ 875, 876, 883, 886, 889). Ferner ist hier auf das Werk von Reiß, Grenzrecht und Grenzprozeß, hinzuweisen, in dem wichtige, namentlich für die Auslegung des § 892 bedeutsame Fragen erörtert werden (s. die Berichte zu § 892 und § 894). Von den zu dem 2. Abschnitt ergangenen Entscheidungen ist namentlich auf den bei § 880 Ziff. II 1 abgedruckten Beschluß aufmerksam zu machen; das KG. hat hier im Gegensatz zu seiner bisherigen Auffassung die Frage verneint, ob mehrere hintereinander folgende Rechte, wenn ihnen gleichzeitig der Rang vor einem vorstehenden Recht eingeräumt wird, ihren grundbuchmäßigen Rang verlieren und unter sich gleichberechtigt werden.

Literatur: S. auch die Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung. Von zusammenfassenden Darstellungen des Liegenschaftsrechts ist im Berichtsjahre die 3. Auflage des Biermannschen Sachenrechts erschienen. Ferner ist auf die 6. und 7. Auflage des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechtes von Matthiaß hinzuweisen, das von S. 429 bis S. 559 das Sachenrecht behandelt. Von Einzelschriften sind hier zu nennen: Kluckhohn, Die Verfügung zugunsten Dritter, und Reiß, Grenzrecht und Grenzprozeß.

§ 873. I. Die Rechtsnatur der Einigung. 1. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 162 f. Der Einigung kommt keine selbständige Bedeutung zu, dies ist aber auch zur Annahme eines Rechtsgeschäfts nicht erforderlich. Vielmehr können und müssen wir auch dann von einem Rechtsgeschäfte sprechen, wenn die Willenserklärungen der Parteien ihre Wirkung nur in Verbindung mit einem außerhalb von ihnen stehenden Tatumstande zu äußern vermögen. Ob dieser Tatumstand wiederum ein Rechtsgeschäft eines Dritten ist, wie bei der Zustimmung, oder ein objektives Ereignis, wie der Zeitablauf, oder auch eine obrigkeitliche Handlung, wie in unserem Falle die Eintragung, verschlägt hierbei nichts. Ebensowenig vermag daraus ein Gegengrund hergeleitet zu werden, daß zwar bei der Zustimmung, nicht jedoch bei der Eintragung das Rechtsgeschäft im Regelfall auch ohne das Hinzukommen des ausstehenden Moments eine selbständige Wirkung hat, d. h. grundsätzlich, als Gattungserscheinung, dieses Hinzutretens zu seiner Wirksamkeit nicht bedarf. Hier handelt es sich nur um graduelle, nicht um qualitative Unterschiede. Wie weit es allerdings Wert hat, in diesen Fällen von einer Rechtsbedingung zu sprechen, mag hier dahingestellt bleiben. Das, worauf es ankommt, ist klar. Die Einigung ist ein Vertrag, obwohl sie für sich allein keine Wirkungen äußern kann, es hierzu vielmehr noch der Eintragung bedarf, die als obrigkeitlicher Akt zu dem in der Einigung liegenden Rechtsgeschäft im Sinne einer außerhalb stehenden Wirkungsvoraussetzung hinzutritt. . . . Dann muß aber auch die Einigung im Liegenschaftsrecht eine Verfügung sein. Es ist nicht folgerichtig, wenn Staudinger auf der einen Seite die Einigung als Vertrag behandelt, auf den die Vorschriften des Allgemeinen Teiles des BGB. über Rechtsgeschäfte grundsätzlich Anwendung finden müßten, auf der anderen Seite aber die Verfügungsnatur der Einigung bestreitet mit der Begründung, zur unmittelbaren Änderung des Inhalts des Rechtes sei auch die Eintragung notwendig.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1013. Zuzugeben ist der Revision, daß der die Verpflichtung zu einer Leistung oder ein betreffendes Schuldverhältnis begründende

Vertrag (vgl. §§ 305, 241 BGB.) dann, wenn die Leistung im Abschluß eines dinglichen Vertrags oder sonst einer Willenserklärung des Schuldners besteht, häufig mit dieser Willenserklärung als dem Erfüllungsgeschäft in einem Akte zusammenfällt. Die Mot. zum I. Entw. (I 128) heben hervor, daß dem die Verpflichtung zur Abtretung begründenden Vertrage der den Übergang der Forderung bewirkende Übertragungsvertrag als etwas Selbständiges gegenüberstehe, wenngleich beide Akte äußerlich vereint erscheinen mögen, und das gleiche trifft ohne Frage zu bei dem die Verpflichtung zu einer Verpfändung begründenden und dem unmittelbar auf die Schaffung des Pfandrechts gerichteten Vertrage. Weiter ist der Revision zuzugeben, daß ein abstrakter Vertrag, daß insbesondere eine Pfandbestellung oder eine Abtretung regelmäßig nicht ohne Rechtsgrund vorgenommen wird, daß der Rechtsgrund in vielen Fällen durch einen gleichzeitig abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrag hergestellt wird und daß dieser Vertrag nicht unter allen Umständen eines besonderen Ausdrucks bedarf, sondern in dem dinglichen Vertrage mitenthalten sein kann. Zu weit dagegen geht die Revision mit ihrer Ausführung: in Wirklichkeit werde kaum jemals eine Pfandbestellung vorgenommen werden, ohne daß sie auf einem gleichzeitig stillschweigend oder ausdrücklich geschlossenen schuldrechtlichen Vertrage beruhe.

3. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 187 f. Wenn man sich nach Gründen umsieht, weshalb niemand zugunsten eines Dritten zu verfügen imstande sein soll, so findet man in der Literatur nur den Hinweis auf das materielle Konsensprinzip, das dem widerspräche. Dieses ist aber hierzu nicht imstande. In Betracht kommen könnten hier nur grundbuchrechtliche Normen, die die Eintragung als Wirkungsvoraussetzung der Einigung betreffen und so auch die Einigung des § 873 aus der Reihe der anderen Verfügungen absondern. Solche Normen der GBO. aber lassen sich nicht anführen. . . . Auch die Verfügungen des Liegenschaftsrechts können also zugunsten eines Dritten getroffen werden.

4. OLG. **29** 319 (München). Die Frage, ob durch die dingliche Einigung des § 873 Abs. 2 ein schuldrechtlicher Anspruch auf Erfüllung begründet wird, ist bestritten, aber zu verneinen. Die unter § 873 Abs. 2 fallende Einigung führt die dingliche unwiderrufliche Bindung der Beteiligten herbei und bildet zusammen mit der Eintragung selbst das Leistungsgeschäft in derselben Weise, wie dies bei der Einigung bei der Übertragung beweglicher Sachen der Fall ist; infolgedessen kann aus der Einigung, die selbst Leistungsinhalt hat, kein klagbarer Anspruch auf Leistung oder Beseitigung von Hindernissen, die dem Vollzuge des Leistungsgeschäfts entgegenstehen, oder auch nur auf das negative Vertragsinteresse abgeleitet werden.

II. Die Vorschrift des § 873 Abs. 2. **RG.** BayRpflZ. **14** 150. § 873 Abs. 2, der nur den dinglichen Vertrag, die sog. Einigung, regelt, ist nicht anwendbar auf einen schuldrechtlichen Vertrag, durch den die Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung begründet wird.

III. R. **14** Nr. 626 (BayObLG.). Verträge auf Verpflichtung zur Löschung einer Hypothek (Pfandfreigabe) sind formlos gültig und bindend.

§ 874. 1. KGJ. **46** 221 (KG.). Die Bezugnahme auf baupolizeiliche Vorschriften rein lokaler Bedeutung in der Eintragung einer Grunddienstbarkeit ist unzulässig.

2. R. **14** Nr. 2454 (KG.). Bei einem Erbbaurechte können Befristungen und auflösende Bedingungen nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung eingetragen werden.

§ 875. Fuchs, LeipzZ. **13** 9. Der Verzicht auf die Vormerkung untersteht der Norm des § 875. Der Verzicht auf die Vormerkung bewirkt also nur dann deren Aufhebung, wenn die Löschung im Grundbuche hinzutritt.

§ 876. Fuchs, LeipzZ. **13** 8. Zur Löschung eines von einer Vormerkung betroffenen Rechtes ist Zustimmung des Vormerkungsberechtigten nötig. § 876 Satz 1 BGB. findet auch auf Vormerkungen Anwendung.

§ 878. 1. **RG. 84** 265, JW. **14** 652. Durch Stellung des Antrags auf Eintragung einer Zwangshypothek wird vom Gläubiger noch nicht ein Recht am Grundstück erlangt, auch nicht die Berechtigung, daß die Hypothek von ihm auch dann wirksam erworben werde, wenn der Schuldner, gegen den sich der Zwangsvollstreckungsakt richtet, in der Zwischenzeit bis zur Eintragung der Hypothek in der Verfügung über das Grundstück beschränkt wird. Zwar bestimmt § 878 BGB., daß eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam wird, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist, und daraus ist zu folgern, daß unter den zuletzt bezeichneten Voraussetzungen auch dann, wenn nach der Antragstellung der Berechtigte, insbesondere also bei Eintragung eines Rechtes am Grundstücke der Grundstückseigentümer, in der Verfügung beschränkt wird, die spätere dem Antrage gemäß erfolgende Eintragung wirksam ist. Jedoch bezieht sich diese Vorschrift, wie sich aus der Bezugnahme auf die §§ 873, 877 BGB. ergibt, nur auf Eintragungen, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen. Bei Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung ist für einen auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels gestellten Eintragungsantrag eine entsprechende Vorschrift in den Gesetzen nicht gegeben (vgl. RJA. **10** 232). Gemäß § 894 ZPO. steht freilich ein Urteil, wodurch der Berechtigte im obigen Sinne zur Bewilligung einer Eintragung rechtskräftig verurteilt worden ist, einer rechtsgeschäftlichen Erklärung gleich, nicht aber ein auf Zahlung eines Geldbetrags gerichteter Schuldtitel, auf Grund dessen nach § 867 ZPO. eine Zwangshypothek eingetragen werden kann. Die Klägerin könnte sich übrigens für die Wirksamkeit der nach den Beschlagnahmen erfolgten Eintragung der Zwangshypotheken auch nicht auf § 892 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB. deswegen berufen, weil die Beschlagnahmen aus dem Grundbuche nicht ersichtlich gewesen und ihr auch zur Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung nicht bekannt gewesen seien. Denn diese Bestimmungen beziehen sich ebenfalls nur auf Rechtserwerb durch Rechtsgeschäft (**RG. 54** 104).

2. HessRspr. **15** 26 (LG. Darmstadt). Die Frage der Bindung hat das Grundbuchamt formellrechtlich zu erledigen (RGRKomm. [2] 44 § 873). Voraussetzung für die Eintragung ist nur die Eintragungsbewilligung im Sinne des § 19 GBO.; diese einseitige Erklärung des leidenden Teiles ist für ausreichend erklärt, an Stelle des zweiseitigen dinglichen Vertrags zu treten (Güthe zu § 19 GBO.). Die Eintragungsbewilligung ist wirksam und bindend, sobald sie dem Grundbuchamt eingereicht ist (Fuchs-Arnheim, Bem. 6 zu § 19 GBO.; RGR. Komm. 44 § 876 Anm. 16; Staudinger § 873 B IV A u. Abs. 2; **RG. R. 10** Nr. 1383). Ob der Eintragungsbewilligung die beabsichtigte Rechtsänderung folgt, ist Sache des materiellen Grundbuchrechts und von dem Grundbuchrichter nicht zu untersuchen (Fuchs-Arnheim wie oben). Ein Widerruf des Eintragungsantrags ist nach § 32 GBO. gegeben, einen einseitigen Widerruf der Eintragungsbewilligung kennt die GBO. dagegen nicht. Der Einreichung der einseitigen Erklärungsabgabe (der Eintragungsbewilligung) an das Grundbuch steht ihre Aushändigung an den Begünstigten nicht gleich; diese kann vor ihrer Einreichung an das Grundbuchamt durch eine Verfügungsbeschränkung des leidenden Teiles nachteilig beeinflußt werden, jene nicht mehr (Staudinger zu § 878 b; **RG. 73** 53).

3. SchlHolstAnz. **14** 318 (LG. Kiel). Die Eröffnung des Konkurses ist auf einen vorher gestellten Eintragungsantrag des Gemeinschuldners zum Grundbuch ohne Einfluß.

§ 880. I. Bedeutung des Ranges. KGJ. **45** 291 (KG.). Zum Inhalt eines Rechtes an einem Grundstücke gehört auch sein Rang, d. h. seine Stelle in der Ordnung, nach der es gemäß § 10 ZVG. ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke gewährt (KGJ. **34** A 244).

II. Wirkung der Rangänderung. 1. OLG. **29** 321 (KG.). Das KG. (OLG. 1 306) hat angenommen, daß mehrere hintereinander folgende Rechte, wenn ihnen gleichzeitig vor einem Rechte der Vorrang eingeräumt wird, ihren grundbuchmäßigen Rang verlieren und unter sich gleichberechtigt werden, so daß unter sie in der Zwangsversteigerung der Erlös, der auf das zurücktretende Recht entfällt, anteilsmäßig zu verteilen ist. Als Grund für diese auffallende Rechtsfolge wird angegeben: weil die mehreren Rechte den Rang des zurücktretenden Rechtes erhielten, sei es so anzusehen, als seien sie unter der Nummer jenes Rechtes eingetragen, und daraus ergäbe sich von selbst, daß zwischen ihnen ein Rangverhältnis nicht obwalten könne. Allein die gleichzeitige Einräumung des Vorranges an mehrere hintereinander folgende Rechte ist, sofern nichts Abweichendes vereinbart wird, weiter nichts als die Einräumung des Vorranges an jedes der vortretenden Rechte. Daraus folgt, daß nicht alle ohne weiteres an die Stelle des zurücktretenden Rechtes treten und seinen Rang erhalten, sondern jedes von ihnen nur insoweit, als es nicht durch den bestehenbleibenden besseren Rang des anderen ausgeschlossen wird. Dies geschieht besonders dann, wenn die Beträge der vortretenden Rechte den Betrag des zurücktretenden Rechtes übersteigen. Der Widerstreit, der anscheinend zwischen der Wirkung der Vorrechtseinräumung an jedes der vortretenden Rechte und der Unzulänglichkeit des Betrags des zurücktretenden Rechtes besteht, wird gelöst durch den § 879, der den grundbuchmäßigen Rang bestimmt. Er kann nicht dazu führen, die entsprechende Anwendung des im § 880 Abs. 5 ausgesprochenen Rechtssatzes auf diesen Fall auszuschließen und den Gläubigern der vortretenden Rechte ohne deren Wissen und gegen ihren Willen einen Rechtsverlust aufzulegen, wozu das Gesetz keinen Anhalt bietet.

2. **RG.** R. 14 Nr. 1089. Ist in einem Grundstückskaufvertrage „den Käufern bzw. ihren Rechtsnachfolgern" bis zu einer gewissen Höhe der Vorrang vor der Kaufpreishypothek des Verkäufers eingeräumt, so ist anzunehmen, daß der Vorrang dem jedesmaligen Eigentümer des Grundstücks, nicht aber dem Ersteher im Zwangsversteigerungsverfahren zustehen soll.

3. Der Fall der Baugeldhypothek. a) **RG.** JW. **14** 36. Der stillschweigenden Vereinbarung bei Einräumung des Vorranges einer Hypothek für ein Baugelddarlehen ist nicht der Inhalt beizumessen, daß die Baugeldhypothek in Höhe der auf sie von dem Baugeldgeber an den Grundstückseigentümer gezahlten Darlehnsteilbeträge immer nur dann den Vorrang vor der Hypothek des Zurücktretenden haben soll, wenn feststeht, daß der Neubau bis zu dem Bauabschnitte, dessen Herstellung nach dem Baugeldervertrage die betreffenden Darlehnsteilbeträge zur Fälligkeit bringen sollte, gänzlich restlos und völlig mängelfrei hergestellt ist. Sollte hiervon der Vorrang abhängig sein, so wäre der Baugeldgeber genötigt, vor jeder Teilzahlung eingehende Untersuchungen über die Förderung und die Art der Herstellung des Baues anzustellen, und selbst dann wäre er des Vorranges nicht sicher, da die Ansichten über Umfang und Art der Bauausführung verschieden sein können und seine Meinung hierüber sich schließlich als irrig erweisen könnte. . . . Deshalb ist, falls nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, anzunehmen, daß der Hypothek des Baugeldgebers, wenn er Teilbeträge auf die Hypothek ohne Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in dem Glauben gewährt hat, daß die Bauabschnitte, deren Herstellung nach dem Baugeldervertrage die Fälligkeit der betreffenden Teilbeträge herbeiführen sollte, fertiggestellt seien, in Höhe der gezahlten Teilbeträge der Vorrang vor der Hypothek

des Zurücktretenden auch dann zusteht, wenn tatsächlich an den Bauabschnitten noch Bauarbeiten fehlen oder die Bauausführung Mängel aufweist. Soweit in dem früheren Urteil des erk. Sen. (**RG. 76** 373) der stillschweigenden Vereinbarung der Inhalt gegeben ist, daß die Baugeldhypothek nur in Höhe der auf sie nach Maßgabe des Baugeldervertrags gezahlten Beträge den Vorrang haben sollte, ist die etwas zu weitgehende Ausdrucksweise, die auch nur einen dort für die Entscheidung bedeutungslosen Punkt betraf, nach vorstehender Richtung einzuschränken. b) **RG.** in JDR. **12** zu § 880 Ziff. 3 a auch **RG. 83** 125.

§ 881. 1. Hagemann, DJZ. **14** 374. Der Rangvorbehalt des § 881 BGB. gibt dem Eigentümer die Befugnis, ihn wiederholt auszuüben. JDR **10** I 1.

2. Fraeb, DNotV. **14** 582. Die Eintragung des Rangvorbehalts hat in engem Anschluß an den Wortlaut des § 881 BGB. und unter Benennung des Grundstückseigentümers als Berechtigten zu erfolgen. Eine vorbehaltene „Rangänderung" dürfte in erster Linie für nicht eintragungsfähig, höchstens aber in Form einer Vormerkung für zulässig erachtet werden. Daher ist es bedenklich, wenn es in dem preußischen Grundbuchmuster zu Abt. II Nr. 2 heißt: „Vorbehalten ist der Vorrang für eine später einzutragende Hypothek von dreitausend Mark nebst fünf vom Hundert Zinsen."

3. **RG.** SchlHolstAnz. **14** 270. Ohne die im § 881 Abs. 2 BGB. vorgeschriebene Eintragung in das Grundbuch hat der Rangvorbehalt im Sinne des § 881 BGB. nur persönliche Wirkung. Die daraus sich ergebende Berechtigung ist nicht untrennbar mit dem Eigentume des Grundstücks verbunden und kann selbständig abgetreten werden.

§ 883. I. Wesen der Vormerkung. 1. *Fuchs, LeipzZ. **14** 12. Eine der Vormerkung zuwiderlaufende Verfügung ist nicht bloß dem Vormerkungsberechtigten gegenüber, sondern absolut unwirksam. Die Vormerkung steht insoweit dem bedingten Rechte gleich. Bei der Vormerkung ist die Unwirksamkeit der Verfügung des Betroffenen resolutiv bedingt durch den Untergang des Rechtes des Vormerkungsberechtigten. Bei Veräußerungsverbot ist die Wirksamkeit der Verfügung des Betroffenen resolutiv bedingt durch den Angriff des Verbotsberechtigten.

2. RJA. **13** 140 (KG.). Die Vormerkung stellt kein selbständiges dingliches Recht dar; sie verleiht nach § 883 BGB. nur bestimmten Ansprüchen gewisse dingliche Wirkungen, nämlich die Sicherungs- und die Rangwirkung. Erlischt der geschützte Anspruch, so wird die Vormerkung inhaltlos, und durch ihre Löschung wird deshalb nur die Übereinstimmung mit der wirklichen Rechtslage hergestellt. ... Aber auch durch die unrechtmäßige Löschung der Vormerkung wird das Grundbuch nicht unrichtig, weil nach der vom KG. (JDR. **12** zu § 883 Ziff. V 1 a) vertretenen Ansicht die Vormerkung kein selbständiges dingliches Recht verkörpert, das außerhalb des Grundbuchs fortbestehen könnte, und weil deshalb ohne Rücksicht auf den gesicherten Anspruch mit ihrer Löschung in jedem Falle ihre Wirkungen erlöschen. Danach ist die Beschwerde auch, soweit sie auf die Eintragung eines Widerspruchs geht, mit Recht zurückgewiesen.

II. Zulässigkeit der Vormerkung. 1. **RG.** BayRpflZ. **14** 150. Eine Vereinbarung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, durch die sich dieser jenem zur Bestellung einer Hypothek zugunsten des Gläubigers verpflichtet, kann nach den Vorschriften über die Verträge zugunsten Dritter (§§ 328 ff.) nicht nur für den Bürgen, sondern auch für den Gläubiger einen Anspruch auf Bestellung der Hypothek zugunsten des Gläubigers erzeugen, wenn der Bürge nicht als Vertreter des Gläubigers, sondern im eigenen Namen gehandelt hat. Dieser Anspruch des Gläubigers kann auch gemäß §§ 883 ff. durch eine Vormerkung gesichert werden, da er auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke gerichtet

ist. Denn der § 883 setzt nur einen Anspruch auf eine der angeführten dinglichen Rechtsänderungen voraus und überläßt den sonstigen, in erster Reihe den schuldrechtlichen Bestimmungen die Entscheidung der Frage, wann ein Anspruch gegeben ist.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1551. A. hatte dem B. in notarieller Urkunde von seiner Besitzung „eine ihrer Größe und ihren Grenzen nach von dem Käufer noch nach dessen Wahl zu bestimmende Parzelle bis zum Höchstbetrage von 5 Morgen, sowie nach Bedarf außerdem zur Errichtung einer Seilbahn einen Streifen von einem Meter Breite, welcher dieses an der Bahn gelegene, vorbeschriebene Terrain mit dem Steinbruche des Käufers verbindet, für den Preis von 1800 M. für den Morgen erworbener Fläche" zu verkaufen angeboten. Der Kaufvertrag ist wirksam; es ist auch auf Grund des Vertrages die Eintragung einer Vormerkung zulässig, noch ehe der Käufer von dem ihm zustehenden Bestimmungsrechte Gebrauch gemacht hat.

3. KGJ. **46** 262 (BayObLG.). Verpflichtet sich der Grundstückseigentümer gegenüber einem Hypothekengläubiger, dessen Hypothek den Vorrang vor den zur Tilgung gelangenden Teilen einer im Range vorgehenden Hypothek einzuräumen, so kann zur Sicherung des Anspruchs auf die Vorrangseinräumung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

4. **RG.** SeuffA. **69** 237, WarnE. **14** 457. Nach § 883 BGB. ist die Vormerkung eines wenn auch nur künftigen oder bedingten Anspruchs auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke statthaft, und für persönliche Vorkaufsrechte hat der Beschluß der verein. Zivilsen. die Vormerkungsfähigkeit ausdrücklich anerkannt (**RG. 72** 385, 392).

III. Wirkung der Vormerkung. 1. Pfeiffer, ZBlFG. **14** 552. Unmöglich kann man annehmen, daß § 883 Abs. 1 nur die Zulässigkeit der Eintragung für künftige Ansprüche aussprechen wollte, daß aber die Wirkungen erst mit der Entstehung des Anspruchs eintreten sollten. Denn dann wäre bis zu diesem Zeitpunkte die Eintragung wertlos und die Bestimmung überflüssig. Anders gestaltet sich die Wirkung einer solchen Vormerkung im Konkurse. Denn im Konkurse können grundsätzlich nur gegenwärtige Forderungen berücksicht werden; das ergibt sich aus § 3 KO. . . . Vormerkungen für künftige Forderungen sind also im Konkurs inhaltlos, wenn der Anspruch bei Konkurseröffnung noch nicht zur Entstehung gelangt war.

2. a) *Ricks, DJZ. **14** 225. Man verstößt nicht gegen den Geist des Gesetzes, wenn man die Vormerkung auf teilweise Aufhebung eines Rechtes gemäß § 883 BGB. auch gegen den als wirksam annimmt, dem gegebenenfalls „nach" dem derzeitigen Gläubiger einer Grundschuld die Rechte auf den nicht begebenen Teil dieser Grundschuld (also auf alle Fälle dem Eigentümer) zustehen. Im Interesse und zur Sicherheit des als nachstehenden Hypothekengläubigers aus der Aufhebungsvormerkung des § 883 BGB. Berechtigten müßten von vornherein sowohl der von der Vormerkung betroffene vorgehende Grundschuldgläubiger wie der Grundstückseigentümer erklären, daß sie beide verpflichtet sind, die vorgehende Grundschuld soweit zur Löschung zu bringen, als das Baugeld darauf nicht gegeben werden wird. Die spätere Löschung des nicht begebenen Grundschuldteils könnte in diesem Falle lediglich auf Grund der vom Grundschuldgläubiger dem aus der Vormerkung Berechtigten zu erteilenden Teillöschungsbewilligung nebst Grundschuldbrief und auf den unbeglaubigten schriftlichen Antrag des Vormerkungsberechtigten (§ 13 Abs. 2 GBO.) erfolgen, weil die nach § 1183 BGB. notwendige Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Löschung (§ 27 GBO.) schon abgegeben ist oder, was genügt, nach den Umständen offenbar schon vorliegt. — AM. **b)** Heinitz, DJZ. **13** 1432. S. auch den Bericht § 1179 BGB.

3. *Kretzschmar, JW. 14 561. Im Zwangsversteigerungsverfahren ist die Auflassungsvormerkung, die dem Anspruche des betreibenden Gläubigers im Range vorgeht, nicht als ein bedingtes, sondern gleich dem Veräußerungsverbot als ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 28 ZVG. zu behandeln, da sich ein Ersatzbetrag nicht bestimmen läßt, der Zuschlag des Grundstücks unter der Festsetzung des Bestehenbleibens der Vormerkung auch lediglich auflösend bedingtes Eigentum des Erstehers schaffen würde, solches Eigentum aber nach dem BGB. nicht zulässig ist. — Die Auflassungsvormerkung, die dem Anspruche des Gläubigers im Range nachsteht, kann gleich einem dem Anspruche nachstehenden Veräußerungsverbote die Zwangsversteigerung nicht hindern und erlischt mit dem Zuschlage. An die Stelle der Vormerkung tritt nach § 92 Abs. 1 ZVG. ebenso wie bei dem Veräußerungsverbote der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse. Zufolge dieses Anspruchs kann der Vormerkungsberechtigte nicht so ohne weiteres den gesamten Erlös erlangen, soweit er nicht auf die der Vormerkung vorgehenden Rechte entfällt, sondern nur den ihm durch die Nichterfüllung seines Auflassungsanspruchs entstandenen Schaden, den er gemäß § 114 ZVG. spätestens im Verteilungstermin anmelden muß. Der angemeldete Betrag ist ihm unter der Bedingung zuzuteilen, daß der durch die Vormerkung gesichert gewesene Anspruch begründet ist, den nachfolgenden Gläubigern oder dem Eigentümer des versteigerten Grundstücks unter der entgegengesetzten Bedingung (§§ 119, 120 ZVG.).

IV. Umschreibung der Vormerkung. **RG. 83** 434, JW. **14** 411. Wird der durch eine Vormerkung gesicherte Anspruch abgetreten, dann geht jene als Nebenrecht des Anspruchs (**RG. 52** 11) auf den Rechtsnachfolger über, und die Eintragung des Wechsels in der Person des Berechtigten ist unbedenklich statthaft.

§ 885. I. Notwendigkeit der Einigung. 1. KGJ. **46** 200 (KG.). Die auf einer Bewilligung beruhende Vormerkung des § 883 BGB. setzt zu ihrem Entstehen materiell keine Einigung, sondern nur Eintragung auf Grund der Bewilligung voraus. Die Bewilligung ist dem Grundbuchamt oder dem Berechtigten gegenüber zu erklären. Sie kann im Gegensatze zu der nach § 19 GBO. für die ordnungsmäßige Eintragung der Vormerkung erforderlichen formellen Bewilligung formlos sein.... Sie wird wirksam gleichwie die einseitige Aufgabeerklärung des § 875 BGB. in dem Augenblicke, wo sie dem Grundbuchamt oder demjenigen zugeht, zu dessen Gunsten sie abgegeben wird; sie deckt sich in dieser Beziehung mit der formellrechtlichen Erklärung, die als Eintragungsbewilligung des § 19 GBO. eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit dem Grundbuchamt oder dem gewinnenden Teile als Empfänger ist (vgl. Güthe, GBO. § 19 Anm. 20, 78). Weil aber formelles und materielles Recht bei der Entstehung der Vormerkung übereinstimmen und der § 885 BGB. ausdrücklich sagt, daß die Eintragung auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder „auf Grund" der Bewilligung des Betroffenen erfolgt, so muß im letzteren Falle für die Wirksamkeit der Vormerkung verlangt werden, daß die Bewilligung der Eintragung vorausgeht, wie das auch bezüglich der einstweiligen Verfügung nicht anders denkbar ist (vgl. Güthe, GruchotsBeitr. **57** 41).

2. *Fuchs, LeipzZ. **14** 3 ff. Zur rechtsgeschäftlichen Begründung einer Vormerkung ist nach materiellem Rechte Einigung erforderlich. Das Recht aus der Vormerkung entsteht für den Begünstigten nicht ohne seine Zustimmung. Die Ablehnung der ihm angebotenen Sicherheit ist nicht Verzicht auf ein erworbenes Recht. Mit der Vormerkung steht es nicht anders als mit dem Pflichtteilsrechte. Auch ein Pflichtteilsanspruch wird vom Berechtigten nicht ohne oder gegen seinen Willen erworben. Pflichtteilsansprüche hat man, wie alle anderen Vermögensrechte, grundsätzlich nur, wenn man sie haben will. Die Auffassung des **RG. 77**

238, daß man Pflichtteilsansprüche ohne und auch gegen seinen Willen erwerben könne, ist unannehmbar und wird weder durch den Wortlaut des § 2317 („entsteht mit dem Erbfalle"), noch durch den Hinweis auf die Fassung der §§ 1942, 1943, 2176, 2180, noch durch die Natur des Pflichtteilsanspruchs gerechtfertigt.

II. Eintragung der Vormerkung. 1. **RG.** ZBlFG. **14** 559, GruchotsBeitr. **58** 1016. Für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bedarf es nur derselben Bestimmtheit (Bestimmbarkeit) des Gegenstandes wie für den schuldrechtlichen Kaufvertrag.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1019. Der die Vormerkung betreffende grundbuchamtliche Eintragungsvermerk enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob die durch die Vormerkung zu sichernde Hypothek eine Verkehrs- oder eine Sicherungshypothek sein soll; aus dem Vermerke geht insbesondere nicht hervor, daß eine Höchstbetragshypothek im Sinne des § 1190 BGB. eingetragen werden solle. ... Das BGB. hat nun aber, wie sich aus §§ 1113, 1116, 1184 ergibt, die Bestimmungen über die Hypothek derart geregelt, daß die Briefhypothek und die Verkehrshypothek die Regel, die Buchhypothek und die Sicherungshypothek die Ausnahme sind. Hieraus folgt, daß eine Hypothek, die nicht als Buchhypothek eingetragen ist, als Briefhypothek, und eine Hypothek, die nicht als Sicherungshypothek eingetragen ist, als Verkehrshypothek anzusehen ist, soweit sich nicht aus einer Kenntnis des etwa entgegenstehenden Sachverhalts ein anderes ergibt. Dieselben Grundsätze gelten naturgemäß auch für die Hypothekenvormerkungen.

3. **RG.** WarnE. **14** 457. Zur rechtswirksamen Bestellung einer Vormerkung bedarf es nach §§ 883 Abs. 1, 885 BGB. außer der Eintragungsbewilligung der Eintragung des zu sichernden Anspruchs in das Grundbuch. ... Die Sicherung durch eine Vormerkung in bezug auf die Frage, welch ein Anspruch gesichert sei, reicht nur soweit, als Eintragungsbewilligung und Vormerkungseintragung sich hinsichtlich des zu sichernden Anspruchs ihrem Inhalte nach miteinander decken.

§ 886. *Fuchs, LeipzZ. **14** 3 ff. Durch das Nichtentstehen oder Erlöschen des Anspruchs wird das Grundbuch nicht ipso jure unrichtig, sondern es wird für den Beeinträchtigten nur ein Anspruch auf Aufhebung der Vormerkung gegründet.

§ 889. *Fuchs, LeipzZ. **14** 3 ff. Die Vormerkung ist ein Recht an einem fremden Grundstück im Sinne des § 889.

§ 890. 1. OLG. **29** 323 (BayObLG.). Der Senat hat wiederholt, zuerst am 19. April 1900 (BayObLG. **1** 225), ausgesprochen, daß mehrere unter der Herrschaft des früheren Hypothekengesetzes auf einem Blatte vereinigte, eine wirtschaftliche Einheit bildende Grundstücke mit dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts nicht aufhören, ein einheitliches Ganzes zu bilden, sohin grundbuchrechtlich als ein Grundstück zu erachten sind, auch wenn die Vereinigung nicht entsprechend § 890 Abs. 1 BGB. durch einen besonderen Vermerk ersichtlich gemacht ist. Hiervon abzugehen, besteht kein Anlaß. Wie aber schon im Beschl. vom 22. November 1909 (BayObLG. **8** 526) ausgeführt ist, war auch unter der Herrschaft des früheren Rechtes die Tatsache der Eintragung auf einem Blatte für sich allein nicht entscheidend, die Grundstücke mußten vielmehr zum Zwecke einheitlicher Belastung zu einer Grundstückseinheit (Gutskomplex) verbunden sein. Eine solche Verbindung durfte unter der Herrschaft des früheren Rechtes wohl immer als vorhanden angenommen werden, wenn die auf einem Blatte vorgetragenen Grundstücke mit einer Hypothek belastet waren (Henle-Schmitt, Grundbuchwesen 155).

2. R. **14** Nr. 1274 (KG.). Die grundbuchmäßige Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Grundstück erfordert nach § 890 BGB. einen Antrag des Eigentümers. Landesrechtliche Vorschriften, nach denen eine solche Vereinigung von Amts wegen zu erfolgen hat, wären mit der Bestimmung des § 890 BGB. kaum vereinbar. Eine solche Vorschrift besteht tatsächlich auch in Preußen nicht.

3. BayNotZ. **14** 275 (LG. Regensburg). Bei einer Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Grundstücke wird das eine Grundstück nicht Bestandteil des anderen, sondern jedes Grundstück wird Bestandteil des neuen einheitlichen Grundstücks. Es bleiben die Teile auch fernerhin so gesondert belastet, wie sie es früher als selbständige Grundstücke waren (RGRKomm. Anm. 3 zu § 890 BGB.). Durch die Verpfändung sind daher nicht Einzelhypotheken an den neu vereinigten Grundstücken, sondern Gesamthypotheken an den Bestandteilen des vereinigten Grundstücks entstanden.

4. Wagener, ElsLothJZ. **14** 437. Die Frage, ob ein Grundstück, welches gemäß § 890 Abs. 2 BGB. einem anderen als Bestandteil zugeschrieben sei, alsdann noch mit ihm gemäß § 890 Abs. 1 BGB. vereinigt werden könne, ist vom LG. Mülhausen kürzlich in bejahendem Sinne entschieden worden (Beschl. vom 17. März 1914). Dieser Rechtsauffassung stehen doch erhebliche Bedenken entgegen.

§ 891. 1. Reiß, Grenzrecht und Grenzprozeß 27. Die Behauptung des Nichtzusammenstimmens zwischen dem Inhalte der Eintragung, wonach der Prozeßgegner Eigentümer eines bestimmten Grundstücks ist, und der wirklichen Rechtslage kann nur darauf gestützt werden, daß die Eintragung auf einem nachweisbaren Irrtume beruht. Dieser Irrtum kann ein solcher des Katasteramts oder des Grundbuchamts gewesen sein, und dieses wieder kann bei Eintragungen, die das Objekt des Eigentums betreffen (Eintragungen im Bestandsverzeichnisse, früher Titelblatt), oder bei solchen über das Subjekt des Eigentums (Eintragungen in Abteilung I) geirrt haben.

2. Reiß aaO. 79. Der Weg des historischen Nachweises des Eigentums wird in Grenzprozessen zum Angriff und zur Abwehr beschritten. Der Nachweis wird von dem, welcher dem eingetragenen Eigentümer das Eigentum am Grundstücke bestreitet, zum Beweise dessen unternommen, daß er selber oder einer seiner Rechtsvorgänger im Grundstückseigentum Eigentümer des Grundstücks sei. Seiner bedient sich der Eingetragene zur Stärkung seiner Stellung zum Zwecke der Abwehr, wenn ihm entgegengehalten wird, daß die Formalität seines Eingetragenseins im materiellen Rechte keine Stütze findet. Auf den historischen Nachweis sind schließlich beide Parteien in den Fällen angewiesen, wo keiner von beiden gemäß § 891 die Katasterangaben für sich in Anspruch nehmen kann.

3. a) Schmidt, DJZ. **14** 302. Stellt die Öffentlichkeit eines Weges eine öffentlich-rechtliche Beziehung dar, so darf ihre Eintragung im Grundbuche nicht erfolgen; denn nur private Rechtsverhältnisse, nicht öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen sollen in dem Grundbuch ersichtlich gemacht und mit dem öffentlichen Glauben ausgestattet werden. Der Eintragung öffentlicher Lasten und öffentlicher Rechte ist das Grundbuch verschlossen. Findet sich trotzdem die Eintragung „öffentlicher Weg" im Grundbuche, so muß sie rechtlich unerheblich sein. Daraus folgt: Ist ein Grundstück als öffentlicher Weg eingetragen, obwohl der Weg dem Gemeingebrauche kraft öffentlichen Rechtes nicht gewidmet ist, so kann sich niemand auf die Eintragung berufen, weder die Polizei, wenn sie den Weg dem öffentlichen Verkehr erschließen, noch ein Dritter, wenn er den Weg benutzen will. AM. b) Bovensiepen, DJZ. **13** 1199.

4. **RG.** RheinA. **111** 52. Auch eine unter dem früheren preußischen Rechte erfolgte Eintragung im Grundbuche hat die Vermutung des § 891 BGB. für sich. Beruft sich ein eingetragener Eigentümer außer auf die Eintragung auch noch auf Ersitzung, so muß infolge der Vermutung des § 891 der Gegner auch diesen Rechtsgrund widerlegen.

5. R. **14** Nr. 1564 (BayObLG.). Die Aufführung eines realen Gewerberechts bei einem Grundstücke gibt keine Gewähr für den wirklichen Bestand dieses Rechtes.

§ 892. I. Die Anwendbarkeit des § 892 auf die Bestandsangaben (s. JDR. **9** zu § 892 Ziff. I 1, **10** zu § 892 Ziff. I, **11** zu § 892 Ziff. I, **12** zu § 892 Ziff. I). 1. Reiß, Grenzrecht und Grenzprozeß 9. Wird das Grundstück im Grundbuche nach dem Steuerbuche bezeichnet und in diesem wieder nach der Katasterkarte, so gelten auf Grund dieser doppelten Bezugnahme die Angaben der Katasterkarte als Inhalt des Grundbuchs und nehmen an der rechtlichen Bedeutung der Angaben über den Grundstücksbestand teil, welche in Preußen bestimmungsgemäß in dem „Verzeichnis der Grundstücke" genannten ersten Teile des Bestandsverzeichnisses ihren Platz haben. Hierauf baut sich der jetzt herrschend gewordene Gedanke auf, daß das auf das Kataster zurückgeführte Grundbuch durch den Inhalt seines Bestandsverzeichnisses zugleich den Nachweis des örtlichen Umfanges des Eigentums am Grundstück erbringt in dem Sinne, daß dieser Umfang in der Natur sich nach den Angaben bestimmt, welche die Katasterkarte über die Ausdehnung der im Bestandsverzeichnis aufgeführten Katasterparzellen enthält.

2. Reiß aaO. 43. Die Gesetzesbestimmung des § 892 besagt mit anderen Worten, auf die fälschliche Grenzbuchung angewendet: Sobald jemand das Grundstück, zu dessen Gunsten die Katastergrenze fälschlicherweise von der richtigen abweicht, durch Rechtsgeschäfte erwirbt, wird damit unabänderlich der falsche Grundbuchbestand ein richtiger und die falsche Grenze zur richtigen, hat der Begriff des historischen Grundstücks für den betreffenden Fall seine Geltung endgültig zugunsten des grundbuchmäßigen Grundstücks eingebüßt.

3. Reiß aaO. 61. Der Satz des gemeinen Rechtes „Falsa demonstratio non nocet" gilt auch nach heutigem Reichsrecht in dem Sinne, daß, wenn nur bei den Vertragschließenden Willensübereinstimmung bestanden hat über den Gegenstand des Vertrags, es nicht darauf ankommt, ob die Bezeichnung, die sie bei dem Vertragsschlusse dem Gegenstande beigelegt haben, zutreffend war oder nicht. Es gilt dann eben nach der unsere Gesetzgebung beherrschenden Willenslehre das wirklich übereinstimmend Gewollte. Hat sich also bei der Auflassung die Einigung auf das Grundstück unter Ausschluß der an B. abverkauften Parzelle bezogen, so ist auch nur mit dieser Beschränkung das Grundstück von der Auflassung ergriffen worden, mochte die Erklärung auch dem Wortlaute nach dahin gehen, daß das ganze Grundstück aufgelassen werde (Staudinger, Anm. A III 3 b zu § 925). Soweit eine derartige Auflassungserklärung die abverkaufte Parzelle irrtümlicherweise mitumfaßt, bringt sie eine rechtliche Wirkung überhaupt nicht hervor, ist sie rechtlich gänzlich unbeachtlich. Es wäre verkehrt, hier die Grundsätze des BGB. über den Irrtum anzuwenden und etwa von der Anfechtbarkeit einer solchen Auflassungserklärung zu sprechen.... (62): Gleiches kann sich rechtlich auch da ergeben, wo der Unterschied zwischen dem, was nach dem Wortlaut aufgelassen werden sollte, und dem, was tatsächlich aufgelassen ist, so gering ist, daß der Streit um das den Unterschied bildende Stück noch unter den Begriff des Grenzstreits gebracht werden kann.... (63): Voraussetzung und Anlaß des Streites ist, daß das Katasteramt bei der Fortschreibung sei es nur auf der Karte, sei es auch im Felde, dem Erwerber — beiden Parteien unbewußt — mehr zugemessen hat, als dieser mit dem Veräußerer vereinbart hatte. Da die Auflassungserklärung die Katasternummer der aufzulassenden neugebildeten Parzelle angibt, so erklären in solchem Falle die Parteien übereinstimmend etwas anderes, als was sie wirklich wollen, und der Erwerber wird, obwohl als Eigentümer der ganzen Katasterparzelle eingetragen, doch nur bis zu der Linie Eigentümer, bis zu der er Eigentum erwerben und der Veräußerer ihm solches übertragen wollte.

II. Die Grenzen des guten Glaubens. 1. **RG. 84** 242. Der Schutz des Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchinhalts gemäß § 892 BGB. erstreckt sich nicht auf Mängel des Rechtsgeschäfts, durch das ein

eingetragenes Recht am Grundstück erworben wird, mithin auch nicht auf das Fehlen der Berechtigung eines nicht als Berechtigter Eingetragenen zur Übertragung des Rechtes (vgl. **RG. 69** 268).

2. **RG.** WarnE. **14** 411, GruchotsBeitr. **58** 1022. Ob eine Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs anzunehmen, ist Sache der freien Beweiswürdigung im Einzelfalle. In der Regel wird sie schon dann anzunehmen sein, wenn der Gläubiger die die Nichtigkeit begründenden Tatsachen kennt, was allerdings voraussetzt, daß dies solche sind, aus denen auf die Kenntnis ihrer rechtlichen Folgen ohne weiteres geschlossen werden kann, z. B. Geisteskrankheit, arglistige Täuschung, Bewucherung (**RG. 69** 268). Wohl aber kann trotz Kenntnis der Tatsachen guter Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs infolge erklärlichen Rechtsirrtums vorhanden sein, wobei die Frage, ob ein solcher Irrtum anzunehmen ist, eine der Nachprüfung entzogene Tatfrage ist (JW. **11** 153 Nr. 11, WarnE. **12** Nr. 392 und das einen ähnlichen Fall wie den vorliegenden behandelnde Urt. des erk. Sen. vom 28. Februar 1906 in GruchotsBeitr. **50** 987, 988). Das Berufungsgericht hat mit ausreichender tatsächlicher Begründung die Möglichkeit des Rechtsirrtums hinsichtlich der Bordellhypothek bei dem Erblasser der Beklagten angenommen und daher nicht als erwiesen erachtet, daß er trotz Kenntnis der Tatsachen gewußt habe, die Hypothekenforderung sei nichtig, und das muß genügen.

3. **RG.** DJZ. **14** 993. Nach § 892 kann derjenige, der ein Recht am Grundstück erwirbt, falls nicht einer der durch den Nachsatz mit den Eingangsworten „es sei denn" bezeichneten Umstände vorliegt, sich schlechthin auf den Inhalt des Grundbuchs verlassen und sich auf diesen auch gegenüber persönlichen Ansprüchen des nicht Eingetragenen berufen. Eine diese Regel bestätigende Ausnahme macht das BGB. nur im Satze 2 des § 816 bei Erlangung eines durch unentgeltliche Verfügung bewirkten Vorteils.

4. **RG.** R. **14** Nr. 2455. Ist dem Erwerber einer Grundschuld nachgewiesen, daß er die belasteten Häuser besichtigen ließ, als sie noch im Baue begriffen waren, so ist er hinsichtlich der teilweisen Nichtvalutierung im bösen Glauben, wenn es sich offenbar um die Sicherung der Baukosten handelte.

5. SchlHolstAnz. **14** 285 (Kiel). Der Schutz des § 892 BGB. versagt, wenn die Eintragung, auf welche der gute Glaube des Erwerbers sich stützt, erst gleichzeitig mit derjenigen Eintragung erfolgt, welche den Rechtserwerb begründet.

6. **a) RG.** SchlHolstAnz. **14** 81. Der gute Glaube des Erwerbers eines im Grundbuch eingetragenen Grundstücks wird nicht schon durch die Kenntnis, sondern erst durch die zutreffende rechtliche Beurteilung der Tatsachen ausgeschlossen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt. **b) RG.** JW. **14** 929. Trotz Kenntnis der Tatsachen kann guter Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs infolge erklärlichen Rechtsirrtums vorhanden sein. **c) RG.** WarnE. **14** 358. Nach § 892 BGB. kommt es auf die Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich eines Rechtes an. Zwar sollte nach § 837 Abs. 2 des 1. Entw. die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt, der Kenntnis der Unrichtigkeit gleichgestellt werden. Die 2. Kommission hat aber (Prot. VI 222) diese Bestimmung gestrichen, weil sie eine den Wert der Grundbucheinrichtung beeinträchtigende, die Sicherheit des Verkehrs gefährdende Abschwächung des öffentlichen Glaubens enthalte, und es der freien Beweiswürdigung überlassen, das Vorhandensein der Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs zu prüfen und einer frivolen Berufung auf einen in Wirklichkeit nicht vorhandenen Rechtsirrtum entgegenzutreten. Demnach wird der gute Glaube auch bei voller Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt, nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerber sich glaubhafterweise im Rechtsirrtume befunden hat (**RG.** JW. **06** 226 Nr. 10, **11** 153 Nr. 11, WarnE. **12** 392).

7. Reiß aaO. 51. Ist das, was der Erwerber für wahr hielt, tatsächlich wahr gewesen, dann ist ihm die Unrichtigkeit des dem entgegenstehenden Grundbuchinhalts bekannt gewesen und der Schutz des § 892 für ihn ausgeschlossen. Da das Gesetz Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts für möglich erklärt, ohne gleichzeitig positives Kennen des Grundbuchblatts zu verlangen, so kann es unter „Kenntnis der Unrichtigkeit" nur verstehen die Kenntnis der Unrichtigkeit der im Grundbuche bezeugten Tatsache. Genügt aber das Fürwahrhalten, also Kennen des Umstandes, daß die Grenze nicht da verläuft, wo die Katasterkarte sie nachweist, dann muß es auch gleichgültig sein, ob der Erwerber statt dessen nun den richtigen oder einen anderen gleichfalls falschen Grenzzug für den zutreffenden gehalten hat. Und ebenso muß es gleichgültig sein, ob er seine, wenn auch unzutreffende, Kenntnis geschöpft hat aus der Mitteilung einer glaubwürdigen Person oder einer, der zu glauben er bei verständiger Würdigung der Sachlage hätte Bedenken tragen müssen.

8. Reiß aaO. 45. Dem Erwerbe des Erben ähnlich ist der Erwerb bei Übernahme eines ganzen Vermögens mit Aktivis und Passivis. Über einen derartigen Fall hat sich das KG. in einem die hier erörterte Frage berührenden Beschlusse (KGJ. **22** A 143) ausgesprochen, und zwar in Übereinstimmung mit dem RG. (Urt. vom 23. November 1887, JW. 88 42) in einer Auslassung, der entgegengetreten werden muß. Der Eisenbahnfiskus hatte das gesamte Vermögen der Oberschlesischen Eisenbahngesellschaft übernommen und damit auch eine Parzelle, die irrtümlich für diese gebucht war. Hier, meint das KG., sei dem Fiskus die Berufung auf den guten Glauben zu versagen, denn wenn man auch nicht eigentlich von einer sich von Rechts wegen vollziehenden Gesamtnachfolge reden könne, so sei der Fiskus doch jedenfalls in die passiven Beziehungen der Gesellschaft eingetreten und müsse nun der Pflicht, sich die Abschreibung der Parzelle gefallen zu lassen, in gleichem Umfange nachkommen, wie diese Pflicht bis dahin für die Gesellschaft bestanden habe. Es scheint aber doch recht anfechtbar, einen Rechtserwerb, der sich nur auf bestimmte Vermögensgegenstände bezieht, vom Standpunkte des § 892 aus in Gegensatz zu stellen zu einem, der das ganze Vermögen des anderen ergreift. Das Gesetz sorgt bereits durch die Vorschrift des § 419 BGB. dafür, daß die Gläubiger durch die im ganzen erfolgende Vermögensveräußerung keine Einbuße erleiden. Um so weniger dürfte Anlaß vorliegen, eine besondere Gruppe von ihnen noch bei Gelegenheit der Regelung der Folgen des gutgläubigen Erwerbes zu begünstigen. Die hier erörterte Frage ist von wesentlichster praktischer Bedeutung, da, wenn man dem KG. folgt, bei sämtlichen auf Grund Altenteilsvertrags erfolgenden Grundstücksübertragungen, einer wahrlich stattlichen Menge, die Anwendbarkeit des § 892 entfallen würde.

9. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 697. Dem Eigentumsbuche nach Elsaß-Lothringischem Übergangsrechte kommt grundsätzlich öffentlicher Glaube nicht zu.

10. **RG.** WarnE. **14** 406, GruchotsBeitr. **58** 947. Nach dem unter den Parteien ergangenen Urt. des PrOVG. vom 30. Oktober 1911 sind früher Apotheken mit dem Privilegium, den Titel als Hofapotheke führen zu dürfen, ausgestattet worden. Gelangte ein solches Privilegium zur Verleihung, so stellte (**RG. 45** 387, **80** 25) das Titelrecht einen mit der Apotheke vererblichen und veräußerlichen Anspruch dar. Während das Verleihungsrecht dem öffentlichen Rechte angehört, untersteht das verliehene Recht durchweg den Grundsätzen des Privatrechts und kann daher mit zum Gegenstande des Veräußerungsvertrags gemacht werden. . . . Ein Recht auf den Hoftitel kann aber daraus nicht hergeleitet werden, daß im Grundbuche vermerkt ist, daß der Eigentümer die Apotheke unter der Bezeichnung als Hofapotheke betreiben dürfe. Die grundbuchliche Eintragung kann für sich allein und auch in Verbindung mit den rechtsgeschäftlichen Verfügungen nichts an der Tatsache ändern, daß der Hoftitel ausschließlich durch staatliche Verleihung erworben

werden kann, und daß es an einem aus dem staatlichen Hoheitsrechte fließenden Verleihungsakte fehlt. Das Grundbuch ist nur dazu bestimmt, über die privatrechtlichen Verhältnisse eines Grundstücks oder einer ihm gleichstehenden Gerechtigkeit Auskunft zu geben, dagegen nicht auch über öffentlich-rechtliche Verhältnisse. Durch die Eintragung des Hoftitelrechts konnte dieses nicht bestehende Recht nicht begründet und vom Beklagten nicht erworben werden (**RG. 80** 366). Die Vorschriften der §§ 891, 892 BGB. sind vorliegend unanwendbar.

III. Verfügungsbeschränkungen. 1. ElsLothNotZ. **14** 47 (Colmar). Da das gerichtliche Veräußerungsverbot, das in das Grundbuch eingetragen ist, Verfügungen, die entgegen diesem Verbote von dem Grundstückseigentümer vorgenommen sind, nur gegenüber der Person unwirksam macht, zu deren Gunsten das Verbot erfolgt ist, kann eine gesetzlich zulässige Eintragung nicht unter Berufung auf dieses Verbot abgelehnt werden.

2. **RG.** ZBlFG. **14** 555. Hypothekenbestellungen, die der eingetragene Vorerbe ohne Zuziehung der eingetragenen Nacherben vornimmt, werden mit dem Eintritte des Nacherbenfalls für jeden Dritten, also auch den späteren Eigentümer unwirksam, ohne daß es auf den angeblichen guten Glauben der Hypothekengläubiger und auf persönliche Verpflichtungen der Nacherben ankommt. Die Unwirksamkeit ergreift die ganzen Hypotheken, auch wenn der Vorerbe mit einem Bruchteile Nacherbe wird.

3. WürttZ. **14** 109 (Stuttgart). Die Verfügungsbeschränkung wird bei der Übertragung der vom Beschwerdeführer weiterveräußerten Grundstücke in die Grundbuchhefte der Erwerber mitzuübertragen sein (Güthe, GBO. Vorbem. 70 z. II. Abschnitt am Schlusse).

§ 894. I. Tragweite des Berichtigungsanspruchs. 1. Reiß aaO. 32. Es ergibt sich aus dem Wortlaute des § 894 ohne weiteres, daß der ursprüngliche Eigentümer nicht verlangen kann, daß der fälschlich Eingetragene die Eigentumseintragung seines Rechtsnachfolgers bewillige, denn einstweilen ist der, „dessen Recht nicht eingetragen ist", noch immer der ursprüngliche Eigentümer, während ein Eigentumsrecht seines Rechtsnachfolgers noch nicht besteht. Es ist deshalb unrichtig, obgleich vom RG. nicht mit ausdrücklichen Worten gemißbilligt, wenn in dem der Entsch. **RG. 78** 372 (JDR. **11** zu § 894 Ziff. II 1) zugrunde liegenden Tatbestande der Antrag gestellt ist, darin zu willigen, daß nach Wahl der Beklagten entweder der Kläger (Erbe des ursprünglichen Eigentümers) oder der Dritte, an den das Streitstück inzwischen verkauft war, als Eigentümer der streitigen Parzellen in das Grundbuch eingetragen werde. Es versteht sich aber auch von selbst, daß der ursprüngliche Eigentümer nicht genötigt ist, unter allen Umständen in eigener Person klagend mit dem Berichtigungsanspruche gegen den Bucheigentümer vorzugehen. Hat er sein Besitztum und mit ihm das Streitstück veräußert, dann will er mit Prozessen um die Grenzen dieses Besitztums verschont bleiben, und ebenso entspricht es dem Interesse des Erwerbers, wenn er in die Lage versetzt wird, den Streit um seine Grenzen selber auszutragen. Die Anerkennung der hierin parallel laufenden Interessen des Veräußerers und des Erwerbers hat dazu geführt, einerseits den Berichtigungsanspruch als abtretbar zu bezeichnen und andererseits in dem Geschäfte der Auflassung eines Landstücks, das fälschlich für einen anderen Eigentümer gebucht war, die Abtretung des gegen den fälschlich Eingetragenen bestehenden Berichtigungsanspruchs als mitenthalten zu erblicken. . . . (37): Durch die Auflassungserklärung werden zusammen mit dem Eigentum am Grundstücke zugleich die Ansprüche gegenüber dem Eigentümer des Nachbargrundstücks aus dem Grenzverhältnis abgetreten, insbesondere der Anspruch auf Berichtigung der Eigentumseintragung bezüglich eines zwar nicht mitaufgelassenen, aber dem historischen Bestande des aufgelassenen Grundstücks zugehörigen Grundstücksstreifens. Es ist hierbei ohne Bedeutung, ob die Parteien das Bestehen von Berichtigungsansprüchen gekannt haben oder nicht. Zu

den Ansprüchen aus dem Grenzverhältnis in diesem Sinne ist auch der Anspruch gegen den Bucheigentümer auf Einräumung des Besitzes am Grenzstreifen zu rechnen. . . . Im Ergebnisse kommt diese Vorschrift darauf hinaus, daß die Ansprüche aus dem Grenzverhältnisse den subjektiv-dinglichen Rechten gleichgestellt werden. . . . (39): In der Auflassungserklärung ist auch zugleich die Erklärung der Bewilligung zu erblicken, daß nach Berichtigung der Eigentumseintragung bezüglich des nicht mitaufgelassenen, aber dem historischen Bestande des aufgelassenen Grundstücks zugehörigen Grenzstreifens der Erwerber als dessen Eigentümer eingetragen werde. Diese Bewilligung wirkt zwar zunächst nur zugunsten dessen, der von dem ursprünglichen Eigentümer die Auflassung empfängt. Soll aber ein restlos befriedigendes Ergebnis erzielt werden, so darf sich der Inhalt der Bewilligung nicht darauf beschränken, daß nur der erste Erwerber als Eigentümer eingetragen werde, sondern er muß dahin gehen, daß auch jeder spätere Erwerber des Grundstücks der gleichen Befugnisse teilhaftig werde wie der erste Erwerber, nämlich nach Eintragung des ursprünglichen Eigentümers sich selbst als Eigentümer eintragen zu lassen . . . (40): Was von der Auflassung gilt, muß entsprechend von dem Erwerb in der Zwangsversteigerung gelten; soll das Eigentum am Grenzstreifen nicht in der Hand des Schuldners bleiben und soll der Ersteher nicht darauf angewiesen sein, den Grenzstreifen ihm noch besonders abzukaufen, so muß man dazu gelangen, als dem Ersteher mitzugeschlagen alle Befugnisse anzusehen, die zur Ordnung der nachbarrechtlichen Verhältnisse an der Grenze nach erfolgter Eintragung des Schuldners als Eigentümers des Grenzstreifens dienen. Diese Befugnisse können sich nicht in dem Rechte erschöpfen, die eigene Eintragung beim Grundbuchamte zu beantragen, denn alsdann würde der Schuldner noch immer wahrer Eigentümer bleiben, und dies könnte dem Ersteher bei Grenzprozessen mit Erfolg entgegengehalten werden. Eine einwandfreie, dem Bedürfnisse des Rechtsverkehrs einzig entsprechende Stellung kann der Ersteher nur erhalten, wenn er außer dem Berichtigungsanspruch auch das volle Eigentum zugeschlagen erhält. Diesem Bedürfnisse muß Rechnung getragen werden, und so stellen wir von dem Satze, daß das Grundstück im katastermäßigen Umfange zugeschlagen wird, eine Ausnahme dahin fest, daß aus nachbarrechtlichen Gründen auch etwa vorhandenes Eigentum des Schuldners an einem zum historischen Bestande des Grundstücks gehörigen Grenzstreifen durch den Zuschlag auf den Ersteher mitübergeht.

2. **RG.** R. **14** Nr. 51. Hat der Käufer eines Grundstücks sich vom Verkäufer die Beseitigung einer Hypothek zusichern lassen und einstweilen nur die dingliche Haftung übernommen, so kann er gleichwohl nicht unmittelbar statt des Verkäufers auf Löschung klagen.

3. ElsLothJZ. **14** 24 (Colmar). Daß die Löschung einer nicht rechtsbeständigen Hypothek mit der Berichtigungsklage verlangt werden kann, ist in der Rechtsprechung anerkannt (**RG. 48** 51, **53** 408, **60** 259).

4. **RG.** WarnE. **14** 415, GruchotsBeitr. **58** 829. Nach allgemeinem Rechtsgrundsatze hat der Kläger die Tatsachen, die zur Begründung seines Anspruchs dienen, zu beweisen, und muß daher auch der Grundstückseigentümer, der die Eigentumsstörungsklage (§ 1004 BGB.) in Gestalt der Grundbuchberichtigungsklage (§ 894 BGB.) auf Löschung einer Hypothek mit der Behauptung erhebt, die Hypothek bestehe nicht oder sie stehe dem eingetragenen Gläubiger nicht zu, den Beweis für diese Behauptung führen (vgl. **RG. 18** 266, **57** 321, **60** 249, JW. **02** 421 Nr. 14, **06** 18 Nr. 17). Indessen mag dann, wenn im Falle einer Höchstbetragshypothek, die zur Sicherung für Forderungen, deren Feststellung vorbehalten ist, insbesondere für künftige Forderungen, die aus einem Rechtsverhältnis entstehen werden, bestellt worden ist (§ 1190 Abs. 1 BGB.), der Grundstückseigentümer auf Feststellung, daß keine Forderungen oder doch nicht Forderungen über einen bestimmten Betrag

hinaus entstanden seien, und auf Bewilligung der Löschung der Hypothek oder eines Hypothekenteils zum Zwecke der Grundbuchberichtigung gegen den eingetragenen Gläubiger klagt, diesem der Beweis der Entstehung und des Umfanges der Forderungen obliegen etwa deswegen, weil der Gläubiger nach §§ 1184 Abs. 1, 1190 Abs. 1 BGB. sich zum Beweise der Forderungen nicht auf die Eintragung berufen kann und die Hypothek gemäß §§ 1163 Abs. 1 Satz 1, 1177 Abs. 1 BGB. zunächst als vorläufige, durch Entstehung der Forderungen auflösend bedingte Grundschuld dem Eigentümer zusteht (**RG. 75** 222, 250, **JW. 12** 297 Nr. 17, 402 Nr. 24), wie sich dies aus der Eintragung ergibt.

II. Abtretung des Berichtigungsanspruchs. Die Entsch. des OLG. Königsberg in JDR. **11** zu § 894 Ziff. III 3 auch OLG. **29** 327.

§ 899. 1. SchlHolstAnz. **14** 317 (Kiel). Die Eintragung eines Widerspruchs gegen ein im Grundbuch eingetragenes Recht kann im Wege der einstweiligen Verfügung nur gegen denjenigen beantragt werden, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuchs betroffen würde. Dies ist bei einer Hypothek dann der eingetragene Hypothekengläubiger nicht, wenn die Hypothek vorher an einen gutgläubigen Dritten abgetreten war.

2. *Kretzschmar, JW. **14** 564. Für die Behandlung eines gegen das Eigentum des buchmäßigen Berechtigten gerichteten Widerspruchs im Zwangsversteigerungsverfahren gilt im allgemeinen dasselbe wie für die Auflassungsvormerkung (vgl. deshalb zu § 883 Ziff. III 3). Insbesondere ist der Widerspruch, der dem Anspruche des betreibenden Gläubigers im Range vorgeht, als ein der Versteigerung entgegenstehendes Recht im Sinne des § 28 ZVG. zu behandeln, so daß der Versteigerungsantrag zurückzuweisen und, wenn das Vollstreckungsgericht erst nach Anordnung des Verfahrens von der Eintragung des Widerspruchs Kenntnis erlangt, das Verfahren aufzuheben ist. — Der dem Anspruche des Gläubigers nachgehende Widerspruch kann die Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht verhindern; er erlischt daher durch den Zuschlag, ist aber bei der Verteilung des Versteigerungserlöses ranggemäß wie ein aufschiebend bedingtes Recht zu behandeln; die Bedingung ist das Bestehen des durch den Widerspruch gesicherten Berichtigungsanspruchs. Nur gilt abweichend von demjenigen, was insoweit bei der Auflassungsvormerkung gilt, daß es keiner Anmeldung eines Betrags für den Werterfatz nach § 114 ZVG. bedarf, und daß auf den Anspruch der gesamte Ertrag zuzuteilen ist, der von dem Versteigerungserlöse für den Berichtigungsanspruch nach seinem Range verbleibt. Denn hier ist es ja kein bloßer Schadensanspruch, sondern das durch den Zuschlag erloschene Eigentum des wirklichen Eigentümers, an dessen Stelle der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse getreten ist.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Literatur: Abele, Zur Kommunmauerfrage, LeipzZ. **14** 831. — Andreae, Zur Haftpflicht des Luftfahrers im Entwurfe des Luftverkehrsgesetzes, JW. **14** 275. — Borchert, Gemeingebrauch am Walde, DJZ. **14** 933. — Buhmann, Die drei Hauptfragen des Kommunmauerrechts, BayRpflZ. **14** 197 ff., 223 ff. — Busch, Eigentumsverhältnisse beim Baue auf der Grenze, BayRpflZ. **14** 157. — Fribolin, Die Grenz- und Giebelmauer nach badischem Landrechte, Reichsrecht und Übergangsrecht, BadNotZ. **14** 35. — Kahn, Fensterrecht nach den wichtigsten geltenden Partikularrechten Deutschlands 1913. — Neuberger, Die Haftpflicht des Luftfahrers, RuW. **3** 182. — Niemeyer, Das Luftverkehrsgesetz, DJZ. **14** 466. — Reichel, Die Haftpflicht des Luftfahrers, RuW. **3** 182. — Reiß, Grenzrecht und Grenzprozeß. **Berlin 1914.** — Riemann, Gemeingebrauch am Walde, DJZ. **14** 432. — Rützel, Zur Rechtsprechung über die Kommunmauern, BayRpflZ. **14** 179. — Schmitt, Eigentum am Überbaue, BayRpflZ. **14** 58. — Tauber, Zur Kritik des Entwurfes eines Luftverkehrsgesetzes, JW. **14** 277.

— Derselbe, Über luftrechtliche Fragen. — Teufel, Die Rechtsverhältnisse an einer gemeinschaftlichen Giebelmauer, WürttRpflZ. 14 130. — Zitelmann, Die Rechtsfragen der Luftfahrt. 1914.

§ 903. 1. **RG.** JW. **14** 87, LeipzZ. **14** 185, R. **14** Nr. 1841. Der Anlieger eines preußischen Privatflusses kann Dritten die Kahnfahrt auf der ihm zuliegenden Flußhälfte verbieten.

2. OLG. **29** 331 (München). Die Post kann die Entseuchung der den Teilnehmern überlassenen Fernsprechanlage verbieten.

3. Riemann, DJZ. **14** 432, verlangt Einführung des Grundsatzes des Gemeingebrauchs am Walde. Dagegen Borchert, DJZ. **14** 933.

§ 904. 1. OLG. **29** 334, SchlHolstAnz. **14** 49 (Kiel). Ist der Eigentümer der vor Schaden bewahrten Sache und der Täter nicht identisch und ist der Täter auch nicht Besitzdiener oder Besitzmittler des Eigentümers, so haftet der Eigentümer nicht.

2. Luftrecht (JDR. **12** § 904 u. § 905 Ziff. I). **a)** Tauber, JW. **14** 277, bespricht den Entwurf, an dem er eine Regelung der luftrechtlichen Verhältnisse nach der dinglichen Seite vermißt. **b)** *Andreae, JW. **14** 275. Der Entwurf entspricht hinsichtlich der Regelung der Haftpflichtfrage im allgemeinen den Bedürfnissen der Praxis und auch der Billigkeit, indem er, dem Beweisnotstande des Geschädigten Rechnung tragend, den Luftfahrer haften läßt, ihm aber den Entlastungsbeweis zubilligt, mit Ausnahme der Fälle, die in Fehlerhaftigkeit und mangelhaftem Funktionieren des Fahrzeugs begründet sind. Haftung bis zur höheren Gewalt oder Erfordernis des Nachweises eines „unabwendbaren Ereignisses" für die Entlastung des Fahrers sind mit Recht abgelehnt, da solche Regelung für die Luftfahrt praktisch einer unbedingten Haftung nahekäme. — Die Haftung für Schäden, die „beim Betriebe" entstehen, geht über die Haftung des Halters eines Kraftfahrzeugs erheblich hinaus, da Unfälle während der Vorbereitung und nach Vollendung der Fahrt im Kraftfahrwesen regelmäßig nicht als „beim Betriebe" geschehen zu erachten sind; bei der Luftfahrt aber ist gerade auch für diese Stadien ein „Betrieb" anzunehmen, da die eigentümlichen (atmosphärischen) Einwirkungen und damit die der Luftfahrt eigentümlichen Gefahren schon resp. noch bestehen. Zu fordern ist der Ausschluß der Haftung für Beschädigung Dritter auf Flugplätzen; Ersatz ist nur dem zu gewähren, dem die Gefahr der Luftfahrt oktroyiert ist, weswegen auch mit Recht im Entwurfe kein Ersatzanspruch den Fahrtbeteiligten gewährt ist. — „Reflexwirkungen" (Schall- und Aspektwirkung auf Menschen und Tiere) müßten ausdrücklich als ersatzbegründende Umstände ausgeschlossen werden; ohne sie ist die Luftfahrt nicht möglich; sie entstehen „beim Betriebe". Die Möglichkeit der Entlastung des Luftfahrers ist in diesen Fällen höchst zweifelhaft. Solche Rechtsunsicherheit würde die Luftfahrt bedenklich bedrohen. **c)** *Neuberger, RuW. **3** 183. Der Schadensersatzanspruch aus § 904 Satz 2 richtet sich bei Notlandungen nur gegen den, der die Notlandung ausgeführt hat. Dieser aber kann wegen Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB.) einen Ersatzanspruch geltend machen gegen die Passagiere. Wird der Geschädigte durch den Flugzeugführer nicht befriedigt, so kann er sich an die Passagiere halten, indem er jenen Ersatzanspruch sich durch Pfändung zunutze macht. (Vgl. auch Reichel ebenda, der sich gegen Neubergers grundsätzliche Ablehnung des Entwurfs wendet.)

§ 905. Luftrecht. 1. V. Niemeyer, DJZ. **14** 466, unterzieht den Entwurf des Luftverkehrsgesetzes einer Besprechung.

2. *Neuberger, RuW. **3** 182. Durch Satz 2 des § 905 ist dem Grundeigentümer Luftfahrern gegenüber, die sein Eigentum überfliegen, schlechthin das ihm sonst nach § 903 BGB. zustehende Abwehrrecht entzogen. Das Urteil des RG. vom 11. Januar 1904 (**RG. 58** 130 ff.) trifft deshalb nicht zu; denn es soll nur zur Anwendung kommen, wenn einem Grundeigentümer in einem besonderen

Einzelfalle das ihm sonst zustehende Abwehrrecht gegen Eingriffe in sein Grundeigentum genommen ist. Also auch bei Verletzung von Grundeigentum für Schadensersatzpflicht Nachweis eines Verschuldens erforderlich.

3. SchlHolstAnz. **14** 49, OLG. **29** 334 (Kiel). Keine Gefährdungshaftung bei Ausübung der Luftschiffahrt.

§ 906. (S. auch unter § 1004.) I. Eisenbahnrecht. 1. LeipzZ. **14** 1210, WarnE. **14** 271, R. **14** Nr. 1693. Einwirkungen, die von einem Eisenbahnbetrieb ausgehen, sind nicht schon deshalb unzulässig, weil sie die Benutzbarkeit des Grundstücks in einem erheblichen Grade beeinträchtigen, es muß vielmehr hinzukommen, daß die Erheblichkeit in einer ungewöhnlichen Art und Weise ihres Betriebs ihren Grund hat. — Diese Voraussetzung kann aber auch in der Tatsache bestehen, daß die Bahn an das Grundstück ungewöhnlich nahe herankommt (nur etwas über 3 m von dem Wohngebäude des Klägers entfernt).

2. **RG.** R. **14** Nr. 1842. Die Frage, ob eine auf ein Nachbargrundstück einwirkende Benutzung eines Eisenbahngrundstücks gemeingewöhnlich ist, ist nach den örtlichen Verhältnissen in der Lage dieses Grundstücks zu beurteilen; die Art und das Maß der Benutzung von Eisenbahnkörpern in anderen Städten ist außer Betracht zu lassen. In dieser Hinsicht ist die gesamte mit mehreren Verzweigungen sich durch eine Stadt hindurchziehende Bahnanlage nicht als ein einziges Grundstück, sondern als eine Mehrheit von Grundstücken aufzufassen.

3. **RG.** EisenbE. **31** 45. Der konzessionierte Betriebsunternehmer hat für den aus nicht ortsüblichen Einwirkungen den Nachbargrundstücken entstehenden Schaden in vollem Umfang und nicht lediglich, soweit er auf die das Maß des Gewöhnlichen übersteigenden Einwirkungen zurückzuführen ist, aufzukommen.

4. **RG.** R. **14** Nr. 1844. Der verklagte Eisenbahnunternehmer muß den Nachweis führen, daß die Einwirkungen durch eine Benutzung seines Eisenbahngrundstücks herbeigeführt werden, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist.

5. **RG.** EisenbE. **30** 499, R. **14** Nr. 53. Die Verlegung des gesamten Rangierbetriebs von der unbebauten auf die bebaute Bahnhofsseite kann zum Schadensersatze gegenüber den Anliegern führen, was auch dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die Anlegung des Bahnhofs selbst auf die — für die Anlieger vorteilhafte — Steigerung des Verkehrs zurückzuführen ist.

6. EisenbE. **30** 492, ElsLothJZ. **14** 456, R. **14** Nr. 52 (Colmar). Die Eisenbahn haftet nicht für Sprünge, die ein benachbartes Haus durch den Eisenbahnbetrieb erhält, wenn die Hauptursache der Sprünge in der schlechten Bauart des Hauses liegt, besonders dann nicht, wenn vom Hauseigentümer oder seinem Vorbesitzer ein Teil seines Grundstücks zwecks Anlage der Bahn an deren Unternehmer abgetreten wurde.

7. EisenbE. **30** 502, BayRpflZ. **14** 110 (LG. München). Die Eisenbahn haftet für Brandschäden infolge Funkenwurfes ohne Rücksicht auf Verschulden auch für die Zeit vor Klagerhebung.

II. 1. **RG.** JW. **14** 769, WarnE. **14** 269, BayRpflZ. **14** 253. Anwendbarkeit des § 26 GewO. auf Anlagen, die vor dem Inkrafttreten der GewO. obrigkeitlich genehmigt worden sind. (Einwirkung von Gerüchen, die von einer Knochenkocherei ausgehen.)

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1024, DJZ. **14** 994, WarnE. **14** 413, R. **14** Nr. 2456. Auch gegen übermäßiges Kindergeschrei aus einem Säuglingsheime können sich die Nachbarn mittels Klage Abhilfe schaffen; eine Duldungspflicht aus § 906 besteht hierfür nicht.

3. **RG.** R. **14** Nr. 1276. „Fabrikviertel" oder „vermischtes Fabrikviertel" ist kein Rechtsbegriff; er deckt sich auch nicht ohne weiteres mit den Erfordernissen des § 906 Abs. 1.

4. **RG.** GewA. **13** 15. Der § 26 GewO. befaßt sich nicht mit der Begründung der Klage wegen lästiger Zuführungen, sondern schränkt nur den an sich nach den §§ 906, 1004 gegebenen Klagantrag ein. Unwesentlichkeit und Ortsüblichkeit sind, wenn § 26 GewO. anzuwenden ist, nicht anders zu beurteilen.

5. **RG.** EisenbE. **30** 440. Auch in betreff einer während des Prozesses eingetretenen Ausdehnung der schädigenden Anlage hat der Beklagte darzutun, daß sie keine wesentliche Beeinträchtigung darstellt oder ortsüblich ist.

6. SeuffA. **69** 360 (Frankfurt). Geräusche, die auch nicht nervös veranlagten Menschen den Aufenthalt in den davon betroffenen Räumen unmöglich machen, müssen auch in einem Stadtviertel, das nicht lediglich zu Wohnzwecken dient, sondern in dem auch gewerbliche Betriebe ausgeübt werden, als übermäßig und ungewöhnlich angesehen werden.

7. OLG. **29** 337 (KG.). Pferdeställe neben den Vorderhäusern einer lebhaften Straße Berlins sind derart ungewöhnlich, daß ihre Benutzung selbst in Fabrikgegenden nicht als ortsüblich angesehen werden kann.

8. OLG. **29** 336 (KG.). Ein Grundstückseigentümer kann einen Graben teilweise zuschütten, auch wenn dann dem Grundstücke des Nachbarn Wasser in erhöhtem Maße zugeführt wird.

9. GewA. **13** 377 ff. (Düsseldorf). Wenn festgestellt ist, daß von einer Anlage eine ungewöhnliche und das Maß nachbarlicher Duldung überschreitende Immission ausgeht, ist der Umstand unerheblich, daß einzelne Mieter des Nachbarhauses sich allmählich an das Geräusch gewöhnt und den Mietvertrag nicht gekündigt haben.

§ 907. 1. **RG.** BayRpflZ. **14** 170, JW. **14** 196, WarnE. **14** 84, LeipzZ. **14** 767, GruchotsBeitr. **58** 1026, R. **14** Nr. 210. Darin, daß von einem hohen Neubaue der Regen nach dem Nachbargrundstück abprallt, und daß infolge des erhöhten Winddrucks die Öfen und Herde auf dem Nachbargrundstücke rußen, ist keine unzulässige Einwirkung im Sinne des § 907 zu erblicken.

2. WürttRpflZ. **14** 92 (Stuttgart). Unter § 907 fallen nicht Anlagen, welche, sich streng diesseits der Grenze haltend, nicht positiv in das Nachbargrundstück hinübergreifen.

3. OLG. **29** 328 (München). Die Bekiesung einer Grundfläche fällt nicht unter § 907.

§ 909. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 662, SeuffA. **69** 146, R. **14** Nr. 54 u. 35 = JDR. **12** § 909.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 1034, WarnE. **14** 119. Keine Haftung des Bauunternehmers, wenn er ohne Verschulden bei Ausführung eines polizeilich genehmigten Baues durch die Vertiefungsarbeiten das Nachbargebäude beschädigt. Die baupolizeiliche Erlaubnis kann die Vorschrift des § 909 BGB. keineswegs beseitigen, die dem Grundeigentümer verbietet, sein Grundstück in der Weise zu vertiefen, daß der Boden des Nachbargrundstücks die Stütze verliert, ohne daß für genügende Befestigung gesorgt ist. Der in **RG. 58** 134, **53** 376 aufgestellte Grundsatz, daß eine Haftung auch ohne Verschulden dann eintrete, wenn dem Verletzten die Befugnis entzogen ist, den an sich widerrechtlichen Eingriff in sein Eigentum abzuwehren, kommt deshalb hier nicht in Frage.

3. **RG.** R. **14** Nr. 629. Auch bei offensichtlich schwierigen und gefährlichen Kelleranlagen besteht keine Haftung, wenn der Bauende alle Sorgfalt anwendet, die Senkung des Nachbarhauses aber auf dessen schlechten Untergrund zurückzuführen ist.

§ 912. 1. BayObLG. **14** 704, R. **14** Nr. 926 (München). Der Widerspruch im Sinne des § 912 BGB. ist eine Rechtsverwahrung des durch den Überbau Betroffenen; der Widerspruch bedarf keiner Begründung und kann auch stillschweigend geschehen.

2. Schmitt, BayRpflZ. **14** 58. In dem Streite der Meinungen über die Eigentumsfrage beim Überbau verdient die bei Staudinger (7/8) Erl. 7 zu § 94 vertretene Auffassung gegenüber der herrschenden Lehre den Vorzug.

3. Busch, BayRpflZ. **14** 157 (gegen Schmitt). Bei einem Baue auf der Grenze hat jeder Grundstückseigentümer Alleineigentum an dem auf seinem Grundstücke stehenden Gebäudeteile. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze gilt nur, wenn die Voraussetzungen der §§ 95, 946 Platz greifen. Hat ein Bau nach Maßgabe von § 912 stattgefunden, so ist § 95 Abs. 2 Satz 2 unmittelbar anwendbar.

4. Brandgiebelrecht, Kommunmauer (JDR. **12** § 912 Ziff. 2 ff. u. § 921, s. auch zu § 921). **a)** Abele, LeipzZ. **14** 831, macht nach Übersicht über die Rechtsprechung von 2 Urteilen des OLG. München (17. Januar 1914) — s. unten g — Mitteilung. Der Erbauer ist zunächst Alleineigentümer und kann im Zeitpunkte des Anbaus von dem Anbauenden Ablösung verlangen. **b)** Fribolin, BadNotZ. **14** 35. Die Kommunmauer ist nicht Überbau. Vom Zeitpunkte des Anbaus und der damit entstehenden Verpflichtung des Nachbars zur Tragung der halben Mauerkosten ist diesem in analoger Anwendung von § 946 BGB. der auf seinem Grundstücke stehende Teil der Mauer zuzusprechen. **c)** Rützel, BayRpflZ. **14** 179, gibt eine Darstellung von der schwankenden Rechtsprechung der Münchener Gerichte zur Frage über die Kommunmauern bis auf die beiden jüngsten Urteile vom 17. Januar 1914 (s. unten g). **d)** Teuffel, WürttRpflZ. **14** 130, behandelt die Frage der Eigentumsverhältnisse an einer gemeinschaftlichen Giebelmauer und erörtert die Rechtslage, wenn der eine Nachbar sein Haus abbricht und hierbei die Mauer beschädigt. **e)** *Buhmann, BayRpflZ. **14** 223 ff. Die Kommunmauer (Brand- oder Giebelmauer) ist kein Überbau im Sinne des § 912. Der Erbauer einer Kommunmauer (Giebel- oder Brandmauer) hat einen Bereicherungsanspruch gegen den Anbauer (Näheres s. unter § 921 BGB.). **f)** OLG. **29** 340 (München). Bei einer Grenzmauer erstreckt sich das Eigentum an jedem Grundstück auf die auf ihm stehende Mauerhälfte. **g)** OLG. **29** 341 (München). Der Bauende und der Nachbar können formlos vereinbaren, daß der überzubauende Gebäudeteil Eigentum des Nachbars werden soll.

§ 917. 1. **RG.** JW. **14** 529, R. **14** Nr. 1426, WarnE. **14** 414, SeuffA. **69** 361, BayRpflZ. **14** 191, DJZ. **14** 698. Bei der als Entschädigung zu gewährenden Rente kommt es nicht auf den Nutzen an, den die Beklagten von dem Notwege haben, sondern auf den Nachteil, den der Kläger erleidet.

2. **RG.** R. **14** Nr. 211. Über die Benutzung einer Grundfläche als Notweg für einen Steinbruch geht es nicht hinaus, wenn die Überquerung mittels einer Art Drehbrücke hergestellt wird, deren Bestandteile außerhalb der Benutzungszeit sich lediglich auf dem notberechtigten Grundstücke befinden.

3. BadRpr. **14** 119 (LG. Karlsruhe). War der Anspruch aus BadLRS. § 685 im Zeitpunkte des Inkrafttretens des BGB. bereits verjährt, so kann auch der entsprechende Anspruch aus § 917 nicht mehr geltend gemacht werden.

§ 918. RG. R. **14** Nr. 1426, Warn. **14** 414, BayRpflZ. **14** 191, JW. **14** 529, SeuffA. **69** 361, DJZ. **14** 698. Der Anspruch auf den Notweg ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Bedürfnis erst durch eine anderweitige, aber ordnungsmäßige Art der Benutzung der Grundstücke des Berechtigten entstanden ist.

§ 920. Reiß. Die Grenzscheidungsklage muß eine bestimmte Linie angeben, die der Kläger als Grenzlinie zwischen sich und dem Beklagten festgesetzt zu sehen wünscht, muß nach Möglichkeit bis zu der behaupteten Grenzlinie Eigentum behaupten und beweisen und kann auf Grund kontradiktorischer Verhandlung nie zu einem klagabweisenden Urteile führen. Die Grenzscheidungsklage kann nur vom Eigentümer des einen Grundstücks gegen den Eigentümer des anderen Grundstücks gerichtet werden.

§ 921. Brandgiebelrecht, Kommunmauer (s. auch oben § 912 Ziff. 4). 1. *Buhmann, BayRpflZ. **14** 223 ff. Die Kommunmauer ist schon von ihrer Erbauung, nicht erst von der Mitbenützung durch Anbau, als Grenzeinrichtung anzusehen. Das Eigentum steht den beiden Grundstücksnachbarn von Anfang an getrennt je zur Hälfte zu. Die Lehre, daß die Kommunmauer als Überbau im Sinne des § 912 BGB. zu behandeln ist, ist zu verwerfen.

2. Lieberich, BayRpflZ. **14** 237 ff., 260 ff. u. 290 ff. Die Bewilligung der kommunen Aufführung einer Grenzmauer durch den Nachbar ist nichts anderes als eine auf Schaffung einer Grenzeinrichtung getroffene Vereinbarung. Unter diesem Gesichtspunkte gestaltet sich das durch die Bewilligung einer neurechtlichen Gemeinschaftsmauer begründete Verhältnis vollständig gemäß dem nach den altrechtlichen Grundsätzen auszulegenden Willen der Parteien, abgesehen von dem einen Punkte, daß an Stelle des altrechtlichen Miteigentums an der Mauer infolge der zwingenden sachenrechtlichen Vorschriften des BGB. nur eine Benutzungsgemeinschaft an den in das Alleineigentum der beiden Nachbarn fallenden, auf dem einen und dem anderen Grundstücke stehenden Mauerteilen eintritt.

3. BayRpflZ. **14** 194 (Nürnberg) behandelt einen Fall der vertragsmäßigen Einräumung von Grenz-, An- und Aufbaurecht.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. I. Form der Auflassung. 1. BayObLG. **14** 439 (Bay. ObLG.). Haben bei der freiwilligen Versteigerung von Grundstücken die Versteigerer nach dem Zuschlag erklärt, daß sie mit der Eigentumsänderung, die auf Grund der Versteigerung und des Zuschlags eintreten sollte, einverstanden sind, hat sodann der Ersteher, wie in den Versteigerungsbedingungen zugelassen war, noch im Termine selbst eine andere, im Termin anwesende Person unter deren Zustimmung als wirklichen Ansteigerer bezeichnet, und haben hierauf die sämtlichen Beteiligten, namentlich auch die Versteigerer, die Urkunde genehmigt und unterzeichnet, so haben sich die Versteigerer dadurch damit einverstanden erklärt, daß der als wirklicher Ansteigerer Genannte an Stelle desjenigen, der auf das Meistgebot den Zuschlag erhalten hatte, das Eigentum erwerben solle, und ist hinlänglich bestimmt und deutlich die nach dem Gesetz erforderliche Einigung des Veräußerers und Erwerbers zum Ausdrucke gekommen.

2. *Zenger, BayNotZ. **15** 8. Die Feststellung der gleichzeitigen Anwesenheit der Beteiligten im Auflassungsprotokoll ist nicht erforderlich, weil das BGB. für die Auflassung — wie für Eheverträge, Erbverträge usw. — im Gegensatze zu § 128 einheitliche Beurkundung (einheitliche Verhandlung) vorschreibt und die Feststellung der gleichzeitigen Anwesenheit der Beteiligten nicht ausdrücklich verlangt.

II. Auflassung durch Vertreter. 1. OLG. **29** 329, BayObLG. **15** 111 (BayObLG.). Der § 925 verlangt zwar die Anwesenheit beider Teile bei der Auflassung. Das Erfordernis schließt aber nicht die Abgabe der Einigungserklärung durch einen Vertreter aus. Insbesondere ist es zulässig, daß ein Vertreter ohne Vertretungsmacht die Einigungserklärung für den Vertretenen abgibt. Deshalb kann, wenn ein Grundstück von zwei Ehegatten erworben werden soll, der eine von ihnen für sie beide die Auflassungserklärung des Verkäufers entgegennehmen; zur Gültigkeit der Auflassung ist hier nur erforderlich, daß der bei der Auflassung Vertretene die Entgegennahme der Auflassung durch den Vertreter nachträglich genehmigt (§ 185).

2. ElsLothNotZ. **14** 309 (Colmar). Die Erklärung des Willens zum Erwerbe, die einen unerläßlichen Bestandteil der von dem Erwerber und Veräußerer bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar abzugebenden Auflassung bildet, kann nicht durch

die nachträgliche Zustimmungserklärung zu dieser Auflassung seitens des gesetzlichen Vertreters eines beteiligten Minderjährigen ersetzt werden (§§ 873, 925 BGB.).

3. ElsLothNotZ. **14** 126 (Colmar). Der Testamentsvollstrecker kann nicht den mit einem Vermächtnisse Bedachten bei der zur Ausführung der Verfügung des Erblassers erforderlichen Auflassung vertreten.

4. KGJ. **46** 171 (KG.). In den preußischen sieben östlichen Provinzen ist zur Vertretung einer Landgemeinde bei Entgegennahme einer Auflassung der Gemeindevorsteher selbständig befugt.

5. KGBl. **14** 49 (KG.). Der Erbteilserwerber tritt infolge der dinglichen Übertragung des Erbteils an Stelle des Veräußerers in die Gemeinschaft zur gesamten Hand ein, so daß für eine Übertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände, insbesondere eine Auflassung von Nachlaßgrundstücken, kein Raum ist (**RG. 60** 131, **64** 177, KGJ. **33** A 207, 226).

III. Inhalt der Auflassung. 1. *Reich, JW. **14** 1128. Von der Auflassung sind die im Auflassungsprotokoll abgegebenen Erklärungen zu unterscheiden. Diese haben nicht immer lediglich die rein dingliche Einigung über den Eigentumsübergang — Auflassung — zum Gegenstande, sondern sie enthalten unter Umständen zugleich Verpflichtungen begründende Erklärungen der Beteiligten und haben insoweit daher „verbindende" Wirkung.

2. KGBl. **14** 49 (KG.). Die Auflassung eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks ist keine Verfügung über einen einzelnen Nachlaßgegenstand.

3. ElsLothNotZ. **14** 227 (LG. Straßburg). Wenn bei einer Teilung ein verstorbener Erbe durch seine Kinder vertreten wird, kann die Auflassung auf diese in Erbengemeinschaft erfolgen.

IV. Notwendigkeit der Auflassung. 1. KGJ. **45** 230, OLG. **29** 315 (KG.). Ein Wechsel des Rechtsträgers liegt nicht vor, wenn die Teilhaber einer fortgesetzten Gütergemeinschaft ohne Zuziehung anderer Personen eine offene Handelsgesellschaft gründen und das Grundstück dieser Gesellschaft widmen. Denn die offene Handelsgesellschaft ist als juristische Person nicht anzusehen. Eigentümer des Gesellschaftsvermögens sind vielmehr die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung und Gesamtheit. Diese sind als solche Träger der im Gesellschaftsvermögen vereinigten Rechte. . . . Trotz der Gleichheit des Rechtsträgers kann die Auflassung und Eintragung notwendig erscheinen, wenn der Rechtsträger eine derartige Wandelung erfährt, daß dadurch die Eigentumsverhältnisse in ihrer gegenständlichen Bedeutung in einer nach der Rechtsordnung erheblichen Art umgestaltet werden. So ist z. B. die Auflassung und Eintragung erforderlich, wenn ohne Veränderung der Personenzusammensetzung Bruchteilsgemeinschaft in Gesamthandsgemeinschaft oder umgekehrt Gesamthandsgemeinschaft in Bruchteilsgemeinschaft umgewandelt werden soll (vgl. **RG. 56** 36, **57** 432; KGJ. **24** A 106; OLG. **6** 144; R. **05** 648 Nr. 2689; SächsOLG. **32** 329). Anders liegen die Fälle, in denen dieselben Personen Teilhaber zweier Gesamthandsgemeinschaften sind und ein Grundstück aus dem Vermögen der einen Gesamthand in das Vermögen der anderen Gesamthand übertragen wollen. Dieser Fall ist z. B. dann gegeben, wenn das einer offenen Handelsgesellschaft gehörige Grundstück einer anderen aus denselben Personen gebildeten offenen Handelsgesellschaft übertragen werden soll. Für diesen Fall hat das RG. in dem Urt. vom 24. März 1899 (JW. **99** 320 Nr. 48) in einer Stempelsache die Auflassung für nicht notwendig erklärt. Auf demselben Standpunkte stehen Güthe, GBO. (3) § 20 Anm. 19; Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 75 und auch das PrOVG. in einem Urt. vom 8. März 1904, DJZ. **04** 869. Abweichend hiervon wird die Auflassung erfordert vom KG., KGJ. **28** A 523, und OLG. Dresden,

SächsOLG. **33** 417; ferner von Oberneck, GBR. (4) I 573; Wolff, SachR. § 88 II; Lion, RZuwachssteuerG. 54. Welcher dieser Auffassungen beizutreten wäre, braucht hier nicht entschieden zu werden. Auch dazu bedarf es keiner Stellungnahme, ob es richtig ist, daß die Auflassung sich erübrigt, wenn eine Erbengemeinschaft ein Grundstück einer aus ihr gebildeten offenen Handelsgesellschaft überträgt (LG. Cassel, ZBlFG. **6** 373; Güthe aaO.; Predari, GBO. [2] 400); denn die Frage kann nicht allgemein, sondern nur mit Rücksicht auf die besondere Gestaltung der in Betracht kommenden Gesamthandschaften entschieden werden. . . . Die Vergleichung der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit der offenen Handelsgesellschaft läßt tiefgreifende Verschiedenheiten der dinglichen Beziehungen der beteiligten Personen zu dem Gesamtvermögen erkennen. Schon die dingliche Verfügungsmacht weist wichtige Unterscheidungen auf. . . . Dazu kommt, daß die Selbständigkeit des gemeinschaftlichen Vermögens nach außen hin bei dem Gesamtgut strenger durchgeführt ist als bei dem Gesellschaftsvermögen, da die Pfändung des Anteils eines Gesellschafters durch einen seiner Privatgläubiger zulässig ist. . . . Vor allem kommt aber die verschiedene Gestaltung des Anwachsungsrechts in Betracht. . . . Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß das Gesamthandsverhältnis der fortgesetzten Gütergemeinschaft in seinen dinglichen Wirkungen wesentlich anders gestaltet ist als das Gesamthandsverhältnis der offenen Handelsgesellschaft. Die Überführung eines Grundstücks aus dem Eigentum einer fortgesetzten Gütergemeinschaft in das Eigentum einer offenen Handelsgesellschaft muß deshalb auch dann als Eigentumsübertragung im Sinne der §§ 873, 925 BGB. gelten, wenn Gesellschafter ausschließlich die ehemaligen Teilhaber der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind.

2. KGBl. **14** 78 (KG.). Wer von den Erben sämtliche Erbteile erworben hat, wird damit Eigentümer des zum ungeteilten Nachlasse gehörenden Grundstücks. Er kann jedoch durch Weiterübertragung der Erbteile das Eigentum an dem Grundstücke nicht übertragen; hierzu bedarf es der Auflassung.

3. KGJ. **46** 210 (KG.). Die bergrechtliche Entziehung des Eigentums unterfällt nicht den Vorschriften über Entschädigung wegen im öffentlichen Interesse erfolgender Entziehung des Eigentums oder wegen Beschädigung eines Grundstücks. . . . Wie sich der Eigentumsübergang vollziehe, sagt das Gesetz nicht und ist streitig. Das KG. hat in KGJ. **27** B 54 dem Beschlusse nur schuldrechtliche Wirkung beigelegt und deshalb eine Auflassung für erforderlich gehalten. Dagegen hat das RG. in **RG. 56** 192 ausgesprochen, daß sich durch solchen „Enteignungsbeschluß" die Grundabtretung ohne weiteres vollziehe. Der gleichen Ansicht sind Dernburg, Bürg. R. (4) III § 151 Ziff. 6 Anm. 18 und Westhoff-Schlüter-Hense, ABergG. § 147 Anm. XI 2 und bei Westhoff, Bergbau und Grundbesitz II 353. Die Mehrzahl der Schriftsteller spricht sich etwa dahin aus, der Beschluß der berufenen Behörden ersetze nach Art eines Urteils die dingliche Einigung, und der Eigentumsübergang vollziehe sich durch die Eigentumseintragung, die auf Antrag des aus dem Beschlusse Berechtigten erfolgt (Predari, GBO. [2] § 6 Anm. 3 b; Güthe, GBO. [3] Art. 22 AGGBO. Anm. 7; Arnheim, GBO. [2] § 6 Anm. 31; Klostermann-Fürst-Thielemann, ABergG. 403; Turnau-Förster, LiegR. [3] II 533; Völkel, ZBergR. **51** 85; vgl. auch Arndt, ABergG. [7] § 145 Anm. 3). Diesen Standpunkt hat dann auch das RG. in **RG. 62** 219 und unter Aufgabe seiner oben erwähnten Entsch. das KG. in OLG. **14** 67 angenommen. Von ihm wieder abzugehen, liegt kein Anlaß vor. . . . Die eingetragenen dinglichen Rechte bleiben bestehen. Ihre Löschung kann nur mit Bewilligung der Berechtigten erfolgen.

4. SchlHolstAnz. **14** 314 (KG.). Entweder ist die Auffassung der Vorinstanzen zutreffend, daß H. u. Th. Sch. die alte offene Handelsgesellschaft

nicht fortgesetzt, sondern eine neue offene Handelsgesellschaft gegründet haben. In diesem Falle ist die Rechtsfolgerung, daß nicht eine Grundbuchberichtigung, sondern eine Rechtsänderung in Frage stehe, also Auflassung und Eintragung notwendig sei, nicht zu beanstanden (vgl. auch Staub, HGB. [9] § 138 Anm. 7 Abs. 1) oder es ist eine neue offene Handelsgesellschaft nicht gegründet, vielmehr die alte offene Handelsgesellschaft von H. u. Th.-Sch. fortgesetzt worden, dann liegt eine Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne des § 22 GBO. nicht vor. Denn in diesem Falle ist die alte offene Handelsgesellschaft auch mit Wirkung für das Grundbuch bestehen geblieben, also noch Eigentümerin des Grundstücks. Daß die fortgesetzte Gesellschaft mit der alten Gesellschaft rechtlich identisch ist, wird auch von Staub, HGB. (9) § 138 Anm. 7 und namentlich auch vom RG. in **RG. 28** 130 ff. hervorgehoben. Bei dieser Annahme würde sich allerdings für den vorliegenden Fall die unerwünschte Folge ergeben, daß eingetragene Eigentümerin eine offene Handelsgesellschaft bleibt, die nach dem Inhalte des Handelsregisters erloschen ist. Für die grundbuchrechtliche Behandlung der Angelegenheit muß das jedoch außer Betracht bleiben.

5. KGJ. **46** 181 (KG.). Der Miterbe kann auch über einen Bruchteil seines Anteilsrechts an der Erbschaft gemäß § 2033 BGB. dinglich verfügen. Verfügen alle Miterben dahin, daß jeder seinen Anteil zu je einem Bruchteil an dieselben dritten Personen überträgt, so stehen auch diese Dritten in einem dem Miterbenverhältnisse nahestehenden Gesamtverhältnisse. Zum Erwerbe von entsprechendem Bruchteilseigentum an den einzelnen Nachlaßgegenständen bedarf es eines besonderen Übertragungsakts, bei Grundstücken also der Auflassung.

V. Genehmigung der Auflassung. 1. KGJ. **45** 237 (KG.). Ein Minderjähriger, welcher das siebente Lebensjahr vollendet hat, bedarf zur Entgegennahme der Auflassung eines Grundstücks der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, und zwar auch dann, wenn die Auflassung schenkungsweise erfolgt und das Grundstück unbelastet ist. Ist der gesetzliche Vertreter der Veräußerer, so kann die Einwilligung nicht durch ihn selbst, sondern nur durch einen Pfleger erteilt werden.

2. DJZ. **14** 760 (BayObLG.). Die mit ihrem Manne in Fahrnisgemeinschaft lebende Ehefrau kann ohne dessen Zustimmung durch Rechtsgeschäft ein Grundstück erwerben und die Auflassung des Grundstücks entgegennehmen, aber die Eintragung einer Hypothek für den Kaufpreis kann sie nicht ohne Zustimmung des Mannes bewilligen.

3. ElsLothNotZ. **14** 314 (Colmar). Der Verkauf eines Grundstücks an den Ehemann und die demgemäß erklärte Auflassung kann von der Ehefrau für die zwischen ihr und ihrem Ehemanne bestehende Gemeinschaft rechtsgültig nicht angenommen werden.

4. RJA. **13** 146, KGJ. **45** 235 (KG.). Es wird allgemein angenommen, daß der Grundbuchrichter die Eintragung des Grundstücks auf den Namen des Erwerbers im Falle des § 134 KO. nicht um deswillen ablehnen darf, weil ihm die erteilte Genehmigung der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses nicht nachgewiesen sei (Jäger, KO. [3/4] Anm. 3 zu § 136; Wilmowski-Kurlbaum, KO. [6] Anm. 2 zu § 136; Sydow-Busch, KO. Anm. 1 zu § 136; Willenburg-Günther, KO. [3] Anm. 1 zu § 136; Güthe, GBO. [3] 1726). Dieser Rechtsauffassung ist beizutreten. Das Wissen des Dritten oder des Grundbuchamts vom Mangel der Genehmigung schadet der Rechtsgültigkeit der Rechtshandlung noch nicht ohne weiteres. Welche Rechtsfolgen im Falle einer Kollusion, für deren Vorhandensein hier, soviel ersichtlich, keine Anhaltspunkte gegeben sind, eintreten würden, kann dahingestellt bleiben.

5. KGJ. **45** 241 (KG.). Die Befugnis des die westfälische Gütergemeinschaft fortsetzenden Ehegatten, über das gemeinschaftliche Vermögen

selbständig durch Übertragungsvertrag zu verfügen, erstreckt sich auf einen Übertragungsvertrag mit einem Schwiegerkinde jedenfalls dann nicht, wenn das Schwiegerkind nicht an Stelle seines Ehegatten in die fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten ist.

VI. Wirksamkeit der Auflassung. 1. SchlHolstAnz. **14** 173 (LG. Altona). Durch die ordnungsmäßig erfolgte Auflassung hat der Erwerber den Anspruch erworben, als Eigentümer im Grundbuch eingetragen und damit auch Eigentümer des Grundstücks zu werden. Beide Ansprüche gingen mit seinem Tode ohne weiteres auf die Erben über. Ob nun, falls der inzwischen eingetretene Tod des Erwerbers dem Grundbuchamte vor der Eintragung bekannt geworden wäre, nicht mehr er selbst, sondern seine Erben als Eigentümer hätten eingetragen werden müssen, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls sind diese aber durch seine einmal erfolgte Eintragung ohne weiteres Eigentümer des Grundstücks geworden. Dies ergibt sich unbedenklich aus dem § 130 Abs. 2 u. 3 BGB.

2. HessRspr. **15** 247 (LG. Gießen). Eine entgegen dem Verbote des § 1181 BGB. vorgenommene Auflassung wird durch nachträgliche Genehmigung des Vollmachtgebers wirksam. In diesem Falle muß die schon vorher vollzogene Eintragung im Grundbuche nicht wiederholt werden.

3. **a)** R. **14** Nr. 486 (Colmar). Eine falsche Bezeichnung eines veräußerten Grundstücks und seine Verwechselung mit einem anderen Grundstück ist sowohl im schuldrechtlichen Vertrage wie im dinglichen Veräußerungsakt unschädlich; veräußert ist gleichwohl dasjenige Grundstück, über welches die Parteien einig waren. An diesem erwirbt indessen der Käufer dann kein Eigentum, wenn der Eigentumsübergang im Grundbuche bei dem falschen Grundstück eingetragen wurde. **b) RG.** R. **14** Nr. 627. Wird der zu verkaufende Besitz von beiden Parteien umgangen und danach in einer Karte die Grenzen eingetragen, im Kaufvertrag aber auf diese Karte verwiesen, so gehen auch solche Grundstücke über, die der Verkäufer nicht veräußern wollte. Ein beiläufiger Zusatz über die Gutszugehörigkeit ist solchenfalls belanglos; Anfechtung aus § 119 BGB. bleibt aber möglich. **c)** R. **14** Nr. 56 (Colmar). Wird ein aus zwei Einzelparzellen bestehendes Grundstück ganz aufgelassen, ergibt aber das Grundbuch unzweideutig, daß die Eintragung des neuen Eigentümers nur auf die eine Parzelle erfolgt ist, so ist ein Eigentumsübergang nur bezüglich dieser einen Parzelle eingetreten. **d)** SächsOLG. **35** 290 (Dresden). Da die Kläger, wie zu ihren Gunsten als bewiesen anzusehen ist, den Garten dem Beklagten nicht mitübereignen wollten, würde nach § 116 BGB. ihre in dem notariellen Protokoll enthaltene, das ganze Grundstück betreffende Auflassungserklärung und demzufolge der dingliche Übereignungsvertrag hinsichtlich der Gartenparzelle nichtig sein, wenn die Auflassungserklärung von ihnen unter dem inneren Vorbehalte, daß die oben erwähnte Parzelle auf den Beklagten nicht übertragen werden solle, abgegeben und dieser Vorbehalt dem Beklagten bekannt gewesen wäre (**RG. 78** 371 ff., insbes. 376). Dies trifft jedoch nicht zu. Die Kläger haben nach ihrer eigenen Darstellung bei der Verhandlung vom 26. März 1912 dem Beklagten in keiner Weise zu erkennen gegeben, daß die von ihnen bezüglich des ganzen Grundstücks erklärte Auflassung sich auf die Gartenparzelle nicht miterstrecken solle.

4. HansGZ. **14** Beibl. 135 (Hamburg). Es ist keine die Veräußerung eines Grundstücks beschränkende Vorschrift, wenn dem hamburgischen Grundbuchrichter die Pflicht auferlegt wird, erst nach Beibringung der Immobilienabgabequittung umzuschreiben. . . . Es handelt sich nicht um eine materiellrechtliche, sondern lediglich um eine Ordnungsvorschrift des öffentlichen Rechtes im Interesse der sicheren Beitreibung der als Immobilienabgabe bezeichneten Besteuerung von Grundstücksveräußerungen. Sie ist daher durch das BGB. nicht

berührt, da Art. 55 EGBGB. nur von der Aufhebung früherer privatrechtlicher Vorschriften handelt.

5. KGJ. **45** 331 (Hamm). Die Vorschrift, daß der überlebende Ehegatte, der mit den unabgefundenen eigenen Kindern die Gütergemeinschaft nach westfälischem Rechte fortsetzt, bei Übertragung des gütergemeinschaftlichen Vermögens auf eines dieser Kinder durch Übertragungsvertrag den Schichtteil der übrigen Kinder zu wahren hat, verleiht diesen Kindern nur einen persönlichen Anspruch auf Auskehrung des vollen Wertes dieses Anteils. Das Grundbuchamt darf daher die Eintragung des Gutsübernehmers auf Grund der Auflassung durch den überlebenden Ehegatten nicht von dem Nachweis abhängig machen, daß den übrigen Kindern ihr Schichtteil zugewendet sei.

6. SchlHolstAnz. **14** 266 (KG.). Ein Vertrag, durch den fünf Grundeigentümer zwecks Bildung eines Eigenjagdbezirkes jeder $^{4}/_{1000}$ ihres Grundstücks zu je $^{1}/_{1000}$ an jeden der vier anderen Beteiligten als Eigentum übertragen, ist ein Scheinvertrag und daher nichtig. Das Grundbuchamt hat infolgedessen die Entgegennahme der Auflassung abzulehnen. S. JDR. **11** zu § 925 Ziff. VI 1, **12** zu § 925 Ziff. V 1.

7. **RG.** WarnE. **14** 339. Verurteilung zur Auflassung Zug um Zug gegen Zahlung eines vom Kläger bestrittenen Anspruchs, dessen Rückforderung sich der Kläger vorbehält.

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

Literatur: Altenburg, Der Eigentumserwerb an im Wege der Zwangsvollstreckung veräußerten Pfandstücken bei Belassung derselben im Gewahrsame des Schuldners, KGBl. **14** 136. — Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter. München 1914. — Mosbacher, Die Beweislastlehre nach dem BGB. unter besonderer Berücksichtigung der §§ 929—936. — Petri, Zur Frage der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut, AZivPr. **111** 359 ff. — Plenske, Der Eigentumserwerb durch constitutum possessorium beim Verkaufe von Pfandstücken durch den Gerichtsvollzieher, KGBl. **14** 28. — Weber, Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten. Leonhards Studien 1914.

§ 929. 1. *Kluckhohn, 164 ff. Die sachenrechtliche Einigung im Fahrnisrecht ist ein dinglicher Vertrag, der in der Form der Übergabe erscheint. Diese im gemeinen Rechte herrschende Konstruktion der Übergabe als einer Form der Einigung muß auch heute noch Geltung haben. Anders ist die Konstruktion der Einigung im Liegenschaftsrechte (s. § 873) und im Besitzrechte (s. § 854). — Diese Einigung kann auch zugunsten Dritter erfolgen (185 ff.); vgl. oben Ziff. 1 zu § 328.

2. Denecke, ZBlFG. **15** 181. Durch den Auseinandersetzungsvertrag erfolgt in der Regel die Auseinandersetzung dinglich. Es bedarf neben der in dem Auseinandersetzungsvertrag enthaltenen dinglichen Einigung nicht noch einer besonderen Regelung der Besitzverhältnisse. Diese ist vielmehr bereits in der dinglichen Einigung enthalten, soweit sie überhaupt erforderlich ist.

3. **RG. 83** 223, **JW. 14 87**, R. **14** Nr. 57. Erforderlich ist, daß bei der Übergabe Veräußerer und Erwerber darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist festzustellen, daß der Eigentümer im Augenblicke der Übergabe den Besitz- und Eigentumsübergang nicht will, so kann eine früher abgegebene, auf künftigen Wechsel des Besitzes und Eigentums zielende Erklärung den bei der Übergabe fehlenden Willen nicht ersetzen. Dies gilt z. B. dann, wenn, anders wie der Erblasser, der Erbe bei der erst nach dem Tode des Erblassers durch einen Boten erfolgenden Besitzübergabe keinen Eigentumsübertragungswillen hat.

4. **RG.** JW. **14** 146. Besitz und Eigentum an Einrichtungsstücken, die von der Ehefrau eingebracht und deren Vorbehaltsgut sind, gehen von dem einen Ehegatten auf den anderen nicht in anderer Weise über als Besitz und Eigentum eines Ehe-

gatten auf einen Dritten. Bei der Übergabe muß es sich um die Einräumung der tatsächlichen Gewalt, nicht um Einräumung einer nur rechtlichen Befugnis handeln.

5. **RG.** LeipzZ. **14** 857, BayRpflZ. **14** 150, R. **14** Nr. 630. Das Eigentum der in einen Neubau gelieferten Türen und Fenster geht erst mit der Übergabe nach § 929, nicht mit der Abnahme nach § 641 auf den bestellenden Bauherrn über. Im übrigen ist die Übergangsfrage wesentlich tatsächlicher Natur und hängt von dem ausdrücklich erklärten oder aus schlüssigen Handlungen ermittelten Vertragswillen der Parteien ab.

6. **RG.** LeipzZ. **14** 1026. Baulichkeiten und maschinelle Einrichtungen, die nicht wesentliche Bestandteile eines Grundstücks sind, gelten als bewegliche Sachen und werden nach § 929 übereignet.

7. **RG.** R. **14** Nr. 1843. Eine Vereinbarung zwischen Eheleuten, daß die mit dem von der Frau dargeliehenen Gelde auf der Ziegelei des Mannes hergestellten Ziegelsteine Eigentum der Frau werden sollen, ist nicht geeignet, Eigentum der Ehefrau an einem Teile der von dem Ehemanne hergestellten Ziegel zu begründen. Vgl. auch § 950.

8. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **14** 1564. Ist der Klub oder der Wirt des Klubs Eigentümer des von dem letzteren in den Klubräumen verschänkten Bieres?

9. **a)** Altenburg, KGBl. **14** 136. Werden Pfandstücke, die im Wege der Versteigerung oder gemäß § 825 ZPO. veräußert werden, von dem Erwerber im Gewahrsame des Schuldners, in dessen Wohnung auch die Übereignung stattgefunden hat, belassen, so ist für die Frage, ob der Erwerber rechtswirksam Eigentum erlangt hat, zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und Dritten zu unterscheiden. Kauft ein Dritter die Sachen, so ist noch Übergabe oder ein Übergabesurrogat erforderlich, bei dem Vollstreckungsgläubiger bedarf es dagegen einer besonderen Übergabe nicht, da er bereits Besitz hat und sonach § 929 Satz 2 Anwendung findet. **b)** KGBl. **14** 144 (LG. III Berlin). Der Vollstreckungsgläubiger erwirbt Eigentum an den ihm nach § 825 ZPO. verkauften Gegenständen, die in der Wohnung des Schuldners bleiben, nicht nach § 929 Satz 2, weil der Besitz des Pfandgläubigers in dem Augenblick übergeht, in dem er sich mit dem Gerichtsvollzieher einigt. **c)** KGBl. **14** 130 (LG. II Berlin). Wenn bei Abschluß eines Kaufvertrags die Einigung vorhanden ist, es aber an der Übergabe fehlt und einige Zeit später durch Abschluß eines Mietvertrags ein Ersatz für die Übergabe geschaffen wird, so liegt kein wirksamer Eigentumsübergang vor, weil bei der Einigung die Übergabe und bei der Übergabe die Einigung gefehlt hat. **d)** KGBl. **14** 144 (LG. III Berlin). Besitzkonstitut und Einigung brauchen nicht gleichzeitig zu erfolgen.

10. Plenske, KGBl. **14** 28. Werden Pfandstücke nicht versteigert, sondern gemäß § 825 ZPO. durch den Gerichtsvollzieher in der Wohnung des Schuldners verkauft, so ist nicht nötig, daß das constitutum possessorium zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher abgeschlossen wird.

11. WürttJ. **26** 158 (Stuttgart). Wer Frachtgut, das für einen Dritten bestimmt ist und beim Frachtführer lagert, mit Zustimmung des Dritten (Adressat) für eigene Rechnung auslöst, wird Eigentümer der Ware.

12. WürttRpflZ. **14** 62 (Stuttgart). Kein Eigentumserwerb nach §§ 929 oder 930, wenn der Verkäufer dem Käufer die auf einem offenen Lagerplatze befindlichen gepfändeten Sachen mit den Worten zeigt: das seien sie, sie gehören jetzt ihm, und die Sachen dann unbenutzt liegen bleiben.

13. BadRpr. **14** 177 (LG. Karlsruhe). Interventionsstreit. Der Intervenient hatte für den Schuldner Waren zur Verarbeitung in dem Geschäfte des Schuldners gekauft. Klagabweisung.

14. SächsRpflA. **14** 397 (LG. Dresden). Wann erwirbt jemand Eigentum an Sachen, die sein Schuldner auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers kaufte, wenn er sich den Anspruch des Schuldners wider den Verkäufer auf Eigen-

tumsübertragung pfänden und überweisen ließ und nun den Restkaufpreis an den Verkäufer zahlte?

§ 930. I. Sicherungsübereignungen, Übereignungen von Warenlagern (JDR. **12** § 930 Ziff. I). 1. ThürBl. **61** 22 (Jena) behandelt ausführlich die Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit Ersatzstücken.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1278. Die Sicherungsübereignung unter Gestattung des Weiterverkaufs (Kommission) ist nicht deshalb unwirksam, weil nur ein ziffermäßig nicht bestimmter Erlösteil an den Gläubiger abzuführen ist.

3. **RG.** R. **14** Nr. 631 = JDR. **12** § 930 I Ziff. 1 d und Ziff. 2 c.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1028. Zur Übereignung von Teilen eines Warenlagers ist deren genaue Bestimmung erforderlich; die Bezeichnung: für 2000 M. Gummiband für Hosenträger, 2000 M. seidene Bänder und 3000 M. fertige Hosenträger genügt daher nicht.

5. HansGZ. **14** Beibl. 13 (Hamburg) behandelt die Frage der Eigentumsübertragung an nachträglich angeschafften Stücken. Für Dritte braucht die Übertragung nicht erkennbar zu sein.

6. BadRpr. **14** 56 (Karlsruhe). Scheinnatur eines Sicherungsübereignungsvertrags (verneint).

II. 1. *Reichel in der Einweihungsfestschrift der Züricher Juristenfakultät 1914 S. 111. Zu den besitzmittelnden Rechtsverhältnissen, durch deren Begründung ein Besitzkonstitut vorgenommen werden kann, gehören auch familienrechtliche Verhältnisse, insbesondere das ehemännliche und väterliche Verwaltungsrecht.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1277. Unter „leihweiser Benutzung" kann auch ein Kommissionsverhältnis verstanden werden.

3. **RG.** R. **14** Nr. 927. Als Kausalgeschäft genügt ein fiduziarisches Verhältnis.

4. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **14** 1564. Die nachträgliche Vereinbarung, daß die bereits dem Käufer übereigneten Sachen bis zur Bezahlung des Preises im Eigentume des Verkäufers bleiben sollten, stellt nur ein abstraktes Besitzkonstitut dar und ist deshalb zur Rückübertragung des Eigentums auf den Verkäufer nicht geeignet.

§ 932. 1. Weber bestreitet die Anwendbarkeit der vom gutgläubigen Erwerbe handelnden Vorschrift auf den bloßen Durchgangserwerb. Der Fiduziant kann also nach ihm Eigentum nicht dadurch erlangen, daß er die Sache als Schlechtgläubiger zunächst einem gutgläubigen Fiduziar überläßt und hiernach von diesem als einem wirklich berechtigt gewordenen seinerseits zurückfordert.

2. Erkundigungspflicht des Erwerbers nach einem Vermieterpfandrechte. **RG.** SeuffA. **69** 10. Das Gesetz geht davon aus, daß ein gewisses Maß von Vorsicht geübt werde, daß der Erwerber diejenige Prüfung in Ansehung des Rechtes seines Vormanns nicht unterlasse, die nach den gegebenen Umständ:n zu erwarten und deren Unterlassung schlechthin mit dem Verhalten eines ordentlichen Mannes unverträglich ist (**RG. 58** 164).

3. KGBl. **14** 10 (KG.). Anfechtung des Eigentumsüberganges an eine zur Fortführung des Theaterbetriebs gebildete Treuhänderkommission wegen Bösgläubigkeit eines Mitglieds.

III. Verbindung, Vermischung, Verarbeitung.

Literatur: Bendix, Streitfragen aus dem Kriegsrechte, JW. **15** 65.

§ 946. 1. Bendix, JW. **15** 68. Die Rechtslage der mit anderen Gegenständen verbundenen Geschosse beurteilt sich nach §§ 946 ff. Bei den Geschossen, die aus den Wunden entfernt werden, greift eine analoge Anwendung der §§ 946 ff., insbesondere der §§ 953 ff. Platz.

2. Lange, DJZ. **14** 1382. Eigentümer der Geschosse in dem Körper der gefangenen Feinde und der eigenen Soldaten ist der Staat, dort, weil er sein Eigentum nie aufgegeben hat, hier kraft Beuterecht.

3. **RG.** LeipzZ. **14** 1026. Wenn der Pächter Gegenstände mit dem Pachtgrundstücke verbindet, ist regelmäßig anzunehmen, daß die Verbindung zu vorübergehendem Zwecke stattfindet. Die Annahme kann auch auf Fabrikgebäude und maschinelle Anlagen zutreffen. Sie trifft nicht zu auf die Aussaat und auf die Verbindung zum Zwecke der Instandhaltung oder Instandsetzung des Pachtguts.

4. **RG.** JW. **14** 238. Tanks und Bottiche einer Brauerei sind nicht wesentliche Bestandteile des Brauhauses. Das an ihnen vorbehaltene Eigentum geht nicht nach § 946 BGB. unter.

5. **RG.** R. **14** Nr. 632. Eigentumsvorbehalt an gelieferten Bauteilen (Türen, Fenster) ist nicht völlig gegenstandslos.

6. **RG. 83** 142, JW. **14** 38 = JDR. **12** § 912 Ziff. 4.

§ 950. **RG.** SeuffA. **69** 201. Kein Eigentumserwerb durch eine aufgetragene Verarbeitung, wenn deren Gegenstand (Ziegelsteine) nicht festzustellen ist. Vgl. auch § 929.

V. Aneignung.

§ 959. **RG. 83** 223, JW. **14** 87. § 959 setzt einen allgemeinen auf Preisgabe des Besitzes und Eigentums gerichteten Willen voraus. Daher keine Dereliktion von Wertpapieren, wenn der Eigentümer sie einem Dritten als Zuwendung für einen Verein mit dem Bemerken übergibt, er habe mit dem Papiere nichts mehr zu tun, sie gehörten nicht mehr ihm.

VI. Fund.

Literatur: Bendix, Streitfragen aus dem Kriegsrecht, JW. **15** 65.

§ 965. Bendix, JW. **15** 68. Die nicht in den Körpern der Verwundeten haftenden und die nicht anderweitig festverbundenen abgefeuerten Geschosse sind Fundsachen, deren Eigentümer der feindliche Staat ist und zu deren Aneignung das Reich nach Artt. 47, 53 des Haager Abkommens betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18. Oktober 1907 berechtigt ist.

§ 966. SächsRpflA. **14** 353 (Dresden). Nimmt ein Kellner die Sachen, die in einem Restaurant liegengelassen sind, an sich, so handelt er, wenn er nicht einen gegenteiligen Willen bekundet, nicht als Besitzdiener des Wirtes und erlangt für sich selbst die Rechte eines Finders.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentum.

Literatur: v. Bezold, Haftung der Eisenbahn bei Beschädigung beweglicher Gegenstände durch Funkenflug, EisenbE. **30** 123—127. — Pagenstecher, Die praktische Bedeutung des Streites über die Rechtskraft, RheinZ. **6** 489—560.

§ 986. 1. Pagenstecher, RheinZ. **6** 509. Wenn im Prozesse zwischen Vermieter und Hauptmieter das Bestehen des Mietverhältnisses zwischen diesen beiden (zu Unrecht) rechtskräftig verneint wird, so erlischt es. Hieraus folgt, daß auch solche Untermieter, die schon vor dem Prozeßbeginne gemietet hatten, die ihnen aus § 986 Abs. 1 Satz 1 zustehende Einrede verlieren. Unzutreffend ist die Ansicht Kuttners, daß das Mietverhältnis zwischen den Prozeßparteien zwar bestehen bleibe, aber infolge „materiellrechtlicher Reflexwirkungen“ des Urteils die erwähnten Untermieter ihre Einrede verlören, daß also das Mietverhältnis (nur) im Verhältnisse zwischen Vermieter und Untermieter erlösche. Es ist undenkbar, daß das (unrichtige) Urteil die materiellrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien unberührt lasse, aber auf die materiellrechtlichen Beziehungen zwischen einer Partei und einem von der Rechtskraft nicht betroffenen Dritten verändernd einwirke. Mög-

lich ist ja allerdings, daß ein Urteil auf die Rechtsbeziehungen zwischen einer Partei und einem von der Rechtskraft nicht betroffenen Dritten einwirkt (vgl. z. B. § 775 Ziff. 4 BGB.), aber die Einwirkung auf das Rechtsverhältnis, das den Gegenstand der Entscheidung bildet, kann nicht für die Parteien untereinander nur eine prozeßrechtliche, für Dritte aber eine materiellrechtliche sein. — Vgl. über die sog. exceptio ex jure tertii JDR. § 878 ZPO. Bem. I. Vgl. weiter unten zu § 322 ZPO.

2. **RG.** R. **14** Nr. 928. Hat bei einem Kaufe „Kasse gegen Dokumente" der Verkäufer dem Käufer die Dokumente übersandt mit dem Vorbehalte, daß der Käufer sich ihrer nur gegen Zahlung des Kaufpreises von 8000 M. bedienen möge und daß bis dahin der Verkäufer sich das Eigentum an den Dokumenten vorbehalte, so kann der Verkäufer auf Grund seines Eigentums Rückgabe der Dokumente selbst dann verlangen, wenn der Käufer einen kleinen Betrag (75 M.) vom Kaufpreis abziehen will und dazu berechtigt ist.

3. **RG.** R. **14** Nr. 1110. Die Besitzberechtigung des Beklagten kann auch schuldrechtlicher Natur sein und auf einer sog. unbenannten, aus den Gesamtumständen zu folgernden Willenseinigung beruhen.

§ 994. SächsRpflA. **14** 293 (Dresden) über Ausgaben des Besitzers für Instandsetzung und Erhaltung eines Fahrrads, das von einem Diebe gekauft und von diesem völlig verwahrlost worden war. Gewöhnliche Unterhaltungskosten sind nur die für die innere Reinigung, für Ausbesserung an Schlauch, Vorderachsen und Schalen. Die Reparaturen von Freilauf und Kugellager, Mantel- und Schlaucherneuerung sind zu den außergewöhnlichen Kosten zu rechnen, die nur durch die vorausgegangene unpflegliche Art der Benutzung durch den Dieb notwendig wurden. Die Ausgaben für äußere Reinigung und Erneuerung einer Stahlfeder sind andere als notwendige Verwendungen im Sinne von § 996.

§ 1002. OLG. **29** 343 (Braunschweig). Die Frist des § 1002 gilt nicht für den Fall des § 997.

§ 1004. (Vgl. auch oben zu § 906.) 1. *Bezold, EisenbE. **30** 123—127. Wenn durch Funkenflug der Eisenbahn fremde bewegliche Gegenstände beschädigt werden, ohne daß der Grundeigentümer als solcher den Schaden deshalb ersetzt verlangen kann, weil ihm die Eigentumstörungsklage gegen den Eisenbahnbetriebsunternehmer genommen ist (**RG. 58** 130), so kann der Eigentümer aus § 1004 BGB. keinen Schadensersatz geltend machen. An die Stelle der Eigentumsbeeinträchtigungsklage kann die Schadensklage nur dann treten, wenn jene Klage dem Beschädigten aus Rechtsgründen entzogen ist. Hier stünde sie dem Beschädigten schon aus tatsächlichen Gründen auch dann nicht zu, wenn sie gegenüber der Eisenbahn überhaupt rechtlich möglich wäre. S. auch oben § 823 Ziff. I 10 a α.

2. **RG.** WarnE. **14** 251. Auf Beseitigung eines behördlich genehmigten Dynamitlagers kann nicht geklagt werden. Solange keine Explosion eingetreten ist, kann Schadloshaltung nur insoweit verlangt werden, als unzulässige Einwirkungen mit Sicherheit vorauszusehen sind.

3. a) **RG.** JW. **14** 421, EisenbE. **30** 95. Wegen geräuschvoller Straßenbahnausbesserungsarbeiten, welche polizeilich genehmigt waren, keine Unterlassungsklage zugelassen; der Rechtsweg ist ausgeschlossen. b) **RG.** LeipzZ. **14** 1211, R. **14** Nr. 1692. Eine öffentlich-rechtliche Korporation hat, sofern ihr Unternehmen nicht in Ausübung staatshoheitlicher Rechte unterhalten wird, gegenüber einer Abwehrklage keine andere Rechtsstellung als eine Privatperson. Die Bedeutung der Anlage (Elektrizitätswerk) für wichtige Verkehrsaufgaben und wichtige öffentliche Einrichtungen steht der Ausübung staatshoheitlicher Rechte nicht gleich.

4. SchlHolstAnz. **14** 258 (Gerichtshof z. Entsch. d. Kompetenzkonflikte). Bei Störung des Eigentums durch eine seitens des Staates getroffene Einrichtung (Nebel-

sirenen auf Helgoland) ist der Rechtsweg für den Unterlassungsanspruch, aber nicht für den Schadensersatzanspruch versagt.

5. R. **14** Nr. 776 (BayObLG.). Ein urteilsmäßiges Verbot, Sachen, die „fremden Personen gehören", über das Grundstück des Klägers zu transportieren, entbehrt nicht der nötigen Bestimmtheit.

6. OLG. **29** 190 (Celle). Keine Klage aus § 1004, wenn ein Urteil gegen einen anderen als den Schuldner vollstreckt wird, solange das Vollstreckungsverfahren noch nicht beendet ist.

7. ElsLothJZ. **14** 185 (Colmar). Einzelne vorübergehende, der Vergangenheit angehörende Einwirkungen können den Anspruch aus § 1004 BGB. nicht begründen.

8. R. **14** Nr. 775 (BayObLG.). Nichtanerkennung des behaupteten Verbietungsrechts beweist noch nicht die Gefahr einer künftigen Wiederholung der Störung.

9. **RG.** EisenbE. **31** 39. Inwieweit Zuführung von Geräuschen usw. unzulässig sind, kann nicht in dem sie untersagenden Urteile, sondern erst im Vollzugsverfahren endgültig abgegrenzt werden (vgl. auch GruchotsBeitr. **47** 916; **RG. 60** 120; JW. **06** 749). Wie das RG. bereits mehrfach ausgesprochen hat, ist die Beweislast in der Weise zu verteilen, daß der Kläger die Einwirkungen, der Beklagte aber zu beweisen hat, daß sie nur unwesentlich beeinträchtigen oder daß sie herbeigeführt sind durch eine nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Benutzung des einwirkenden Grundstücks (**RG. 57** 224).

10. GewA. **13** 377 ff. (Düsseldorf). Gegenüber der Negatorienklage auf Herstellung von Einrichtungen ist die Einrede zulässig, daß Einrichtungen, welche die benachteiligenden Einwirkungen ausschließen, untunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind. In letzterem Falle ist nur der Anspruch auf Schadloshaltung gegeben.

11. OLG. **29** 345 (Celle). Gegenüber einer Deichanlage ist ein Anspruch auf Wiederherstellung eines dadurch beseitigten Weges nicht zulässig.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

§ 1012. I. Erbbaurecht. *Pattai, Sonderausgabe aus der Festschrift für Klein (Wien), eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen österr. Spezialgesetz, deutschem BGB. und Entwurf v. Pechmann für Bayer. Landesverein. Die Schrift gelangt nach eingehender Entwicklung auf rechtshistorischer Grundlage zum Schlusse, daß das österr. Gesetz den praktischen Bedürfnissen eines belehnbaren Erbbaurechts entspricht, dieses Ergebnis jedoch auf konstruktiven Umwegen erzielt, die weder einwandfrei noch nötig sind. Deren Ursache findet der Verfasser in zu weit gehender Besorgnis gegenüber staatsgrundgesetzlichen Normen, die sich zwar gegen das geteilte Eigentum ablehnend verhalten, es jedoch nicht ausschließen. Der Verf. erörtert die Nachteile, die solchen allgemeinen Normen, besonders auf dem Zivilrechtsgebiet anhaften und denen die deutsche Reichs- sowie die preußische Verfassung mit Recht aus dem Wege gingen, während sie die österreichische Verfassung nach nordamerikanischem und belgischem Muster in sich aufnahm. Unbeirrt von solchen Hemmnissen erreichte der Pechmannsche Entwurf weit klarere Einfachheit der Konstruktion, wie im einzelnen besprochen wird. — Der Verf. erörtert alsdann auch die sozialpolitische Bedeutung der Institution, wobei er den Standpunkt der Bodenreformer teilt und im Erbbaurecht eine Konzession zunächst an die Wohnungsbedürfnisse der städtischen Bevölkerung erblickt, der auch eine allgemeine Weiterentwicklung am Gebiete des Grundeigentums folgen möge.

II. Andere selbständige Gerechtigkeiten. 1. **RG.** R. **14** 568. Für die auf Privileg beruhenden Fischereirechte an einem öffentlichen Flusse ist als Regel anzusehen, daß die Verleihung nur unbeschadet der Rechte des Staates erfolgt ist, welche die Grundlage für die Erfüllung seiner durch

die öffentliche Bestimmung des Stromes gegebenen Pflichten bilden, und daß der Verleiher sich in der Ausführung notwendiger Strombauten nicht hat beschränken wollen. Lassen sich die Interessen der Fischerei und der sonstigen Benutzung des Stromes nicht völlig vereinigen, so muß die Fischerei ohne Entschädigung zurücktreten. Als entschädigungspflichtige Ereignisse sind aber trotzdem solche Veränderungen des Stromes zu betrachten, durch welche die Fischerei überhaupt ganz oder zum Teil aufgehoben oder eine der Bedeutung nach dem gleiche Folge herbeigeführt ist. Ein Entschädigungsanspruch kann unter dieser Voraussetzung namentlich begründet sein bei Durchstichen, aber auch bei Verlandungen, ferner bei Stromversetzungen, wenn die Richtung des Stromes örtlich für die Fischerei von besonderer Bedeutung ist (vgl. **RG. 54** 260). Diese Grundsätze sind in dem Urteile vom 25. Juni 1907 — VII. 498/1906 — auch auf den Fall eines durch Erbpachtvertrag erworbenen Fischereirechts angewendet worden. Auch bei einer durch Ersitzung erworbenen Fischereiberechtigung versteht sich die Schrankenlosigkeit gegenüber den erörterten Rechten des Staates keineswegs von selbst.

2. **a)** OLG. **29** 329 (KG.). Auf die subjektiv-persönlichen Apothekerprivilegien finden die für Grundstücke bestehenden Vorschriften Anwendung, wenn sie vererblich und veräußerlich, sowie im Grundbuch unter einer besonderen Nummer eingetragen sind (OVG. 20. November 1911, 18. März u. 22. April 1912, PrVBl. **34** 95). **b)** OLG. **29** 329 (KG.). Nicht als eingetragen gilt ein Privilegium, wenn im Grundbuch auf dem Titelblatte nur vermerkt ist: „Wohnhaus mit Apotheke" (OVG. 17. Oktober 1910, PrVBl. **34** 95).

3. BayObLG. **14** 643, BayRpflZ. **14** 72 (BayObLG.). Auf reale, nicht radizierte Gewerbeberechtigungen finden in Bayern die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung; für die rechtsgeschäftliche Übertragung solcher Berechtigungen war mithin in der Zeit vor der Anlegung des Grundbuchs die notarielle Beurkundung (Art. 14 NotG. v. 1861) und ist seit der Anlegung des Grundbuchs die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Seit der Anlegung des Grundbuchs muß darum, wenn eine reale Gewerbeberechtigung veräußert oder belastet wird, für das Recht ein besonderes Grundbuchblatt angelegt oder das Recht im Titel des Blattes eingetragen werden, das für das Grundstück besteht, auf dem das Recht ausgeübt wird. Wird nach der Anlegung des Grundbuchs für ein nicht eingetragenes Gewerberecht die Anlegung eines Grundbuchblatts beantragt, so finden darauf die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für die nachträgliche Anlegung eines Grundbuchblatts für ein bei der Grundbuchanlegung nicht eingetragenes Grundstück gelten; es ist insbesondere der Eigentümer von Amts wegen zu ermitteln und gegebenenfalls auf dem Wege des Art. 10 G. vom 18. Juni 1898 dem wegen Nichteinhaltung der gesetzlichen Formvorschriften bisher nur tatsächlich bestehenden Zustand auch die rechtliche Grundlage zu geben.

4. KGJ. **45** 380 (KG.). Das vererbliche und uneingeschränkte Recht zur ausschließlichen Benutzung und zum Abbaue des in einem Grundstücke befindlichen Gipses ist keine selbständige Gerechtigkeit

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. I. Begründung der Grunddienstbarkeit. 1. OLG. **29** 347 (KG.). Eine zugunsten eines anderen Grundstücks desselben Eigentümers vor 1900 eingetragene Gerechtigkeit wird auch dadurch nicht wirksam, daß später das eine der beiden Grundstücke an einen Dritten veräußert wird.

2. *Schubart, DNotV. **13** 587. Von zwei Grundstücken desselben Eigentümers das eine mit einem Wegerecht zugunsten des anderen zu belasten und eine

endgültige Eintragung des Wegerechts im Grundbuche herbeizuführen, kann wirtschaftlich wichtig sein, z. B. zur Hypothekenbeschaffung. Mit mäßigen Kosten läßt sich das Ziel auf folgende Weise erreichen: Ein Eigentumsanteil an einem der Grundstücke (z. B. ein Hundertstel Miteigentum) wird einem anderen übertragen, darauf das Wegerecht eingetragen und dann das Hundertstel Eigentumsanteil zurück aufgelassen. Nach § 891 BGB. bleibt dann das eingetragene Wegerecht bestehen. ➼ Vor diesem Hilfsmittel muß gewarnt werden, weil die Annahme nahe liegt, daß die Auflassung als Scheingeschäft nichtig ist. Red. ◄

3. KGJ. **46** 221 (KG.). Mangels einer entgegenstehenden Vorschrift ist es auch für zulässig zu erachten, daß die Grunddienstbarkeit unter einer auflösenden Bedingung bestellt wird (RJA. **12** 69, KGJ. **44** 356 [BayObLG.]), und es ist deshalb auch nichts dagegen zu erinnern, daß die Grunddienstbarkeit auflösend bedingt wird durch die Löschung einer entsprechenden Grunddienstbarkeit auf einem anderen Grundstücke.

4. **RG** R. **14** Nr. 212. Wird mit einer Fabrik zugleich die Wasserleitungsanlage „mitverkauft", die sich auf dem Grundstück eines Dritten und in dessen Eigentum befindet, so kann darin die Zusicherung der Verschaffung einer Grunddienstbarkeit auch dann erblickt werden, wenn dem Verkäufer selbst nur ein widerrufliches Recht auf Wasserbezug zustand.

II. Inhalt der Grunddienstbarkeit. 1. Breme, DNotV. **14** 383. (383): Der Fall, daß der Wegeszug einer Grunddienstbarkeit, die die Verbindung zwischen dem herrschenden Grundstück und einem anderen Grundstück oder einem öffentlichen Wege sichern soll, hintereinander über mehrere Grundstücke führt, vermag zu verschiedenen Zweifelsfragen der rechtlichen Beurteilung Anlaß zu bieten. ... (386): Eine Gesamthaft der einzelnen Grundstücke analog den Rechtsverhältnissen der Gesamthypothek ist begrifflich ausgeschlossen. Das bedarf keiner näheren Begründung; es ist aber auch sonst eine rechtliche Einheitlichkeit der Dienstbarkeit an mehreren Grundstücken abzulehnen. Festzuhalten ist allerdings daran, daß bei jedem belasteten Grundstücke der Inhalt des Rechtes der alte bleibt, nämlich die Verbindung zwischen dem berechtigten Grundstück und dem öffentlichen Wege, und daß sich nicht etwa der Inhalt in eine Verbindung zum anderen dienenden Grundstücke umwandelt. Aber es ist als entscheidend hervorzuheben, daß das Recht an dem Grundstück a ausschließlich die Befugnis zum Betreten des Grundstücks a enthält, nicht aber sich mehr auf das Betreten des Grundstücks b bezieht. Und darin liegt die Verselbständigung der beiden einzelnen Rechte. Es verbleibt zwar insofern ein gemeinschaftliches Band, als beide Rechte zusammen die Verbindungsmöglichkeit schaffen, und wenn mit dem einen Rechte die Verbindungsmöglichkeit fortfällt, auch die Ausnutzung des anderen Rechtes unmöglich wird. Aber diese tatsächliche Abhängigkeit hat ihren Sitz ausschließlich in dem Dienstbarkeitsinhalte jedes einzelnen Rechtes. Es liegt hier nicht anders, als wenn von vornherein an jedem einzelnen Grundstücke das Wegerecht bestellt oder ersessen ist. ... (387): Als wichtigste Folge aus dieser Selbständigkeit der einzelnen Rechte ist festzuhalten, daß das Bestehenbleiben des einzelnen Rechtes völlig unabhängig ist von dem Bestehenbleiben des anderen Rechtes. Nicht das Erlöschen des einzelnen Rechtes übt Rechtswirkungen auf das andere Recht aus, sondern gegebenenfalls nur die Tatsache, daß der Inhalt des anderen Rechtes durch die tatsächlichen Folgen des Erlöschens beeinträchtigt wird, d. h. wenn dadurch die Möglichkeit der Verbindung zwischen dem öffentlichen Wege und dem berechtigten Grundstücke beeinträchtigt wird, und auch nur, insoweit das der Fall ist. ... (389): Ein Erlöschen der Rechte tritt nur dann ein, wenn durch die Unterbrechung des Weges dauernd und endgültig die Unmöglichkeit der Ausübung des rechtlichen Inhalts der Grunddienstbarkeit feststeht, in allen anderen Fällen bleibt aber das Recht als solches an jedem

einzelnen Grundstücke bestehen, mag auch aus tatsächlichen Gründen die Ausübung der Befugnisse zeitweise ruhen. . . . (390): Es ergibt sich aber aus der Selbständigkeit der Rechte auch, daß die einzelnen Eigentümer keine Rechtsgemeinschaft irgendwelcher Art bilden, und zwischen ihnen verpflichtende Beziehungen bestehen, kraft deren sie gegenseitige Ansprüche auf Mitwirkung bei einer Verlegung des Wegezugs gemäß § 1023 BGB. hätten. Demzufolge kann unter den Voraussetzungen des § 1023 BGB. jeder einzelne zwar auf seinem Grundstück eine Verlegung verlangen, der neue „ebenso geeignete" Wegezug muß aber natürlich wieder mit dem Wegezug auf dem Nachbargrundstücke zusammentreffen. Ansprüche gegen den gleichfalls dienenden Nachbarn gibt § 1023 BGB. nicht, jedoch wird die Bestimmung auch dann anwendbar sein und den Berechtigten zu einer Einwilligung in die Gesamtverlegung verpflichten, wenn alle dienenden Eigentümer hierüber unter sich einig sind.

2. Breme, DNotV. **14** 65. (68): Führt ein Weg über mehrere Grundstücke, so besteht das Recht an jedem der dienenden Grundstücke, die insofern ihre Selbständigkeit bewahren; es liegt nicht etwa eine Gesamthaftung der Grundstücke nach Art der Gesamthaft bei der Gesamthypothek vor, sondern jedes Grundstück ist mit einer sich auf dieses Grundstück beschränkenden Wegegerechtigkeit belastet.

III. Übertragung der Grunddienstbarkeit. SchlHolstAnz. **14** 169 (Kiel). Eine Übertragung einer Grunddienstbarkeit lediglich ihrer Ausübung nach ist nach BGB. nicht zulässig.

IV. Einzelne Fälle. 1. **RG.** R. **14** 143. Das Straßenanliegerrecht hat einmal eine zum Anbau bestimmte und zu diesem Zwecke fertiggestellte (regulierte) Straße zur Voraussetzung (vgl. GruchotsBeitr. **29** 678, **45** 76, **46** 627, **53** 847, 850), und sodann einen vollendeten Anbau an dieser Straße. Unbebaute Grundstücke haben kein Anliegerrecht (vgl. **RG. 10** 271, **25** 242, 246, **66** 342, 343, **70** 81, GruchotsBeitr. **29** 678).

2. SchlHolstAnz. **14** 193 (Kiel). Ein Fensterrecht kann nach Sachsenrecht nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein.

3. **a)** Graf, WürttRpflZ. **14** 140. Die sog. öffentlich-rechtlichen Wegdienstbarkeiten in Württemberg sind weder eine öffentlichen Zwecken dienende privatrechtliche Dienstbarkeit, noch eine der privatrechtlichen Dienstbarkeit entsprechende öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit. Sie sind vielmehr eine bloße Eigentumsbeschränkung, welche auf unvordenklicher Verjährung — ausnahmsweise auch auf Zwangsenteignung — beruht. **b)** OLG. **29** 347 (KG.). Das Wegerecht zur Überführung von Leichen umfaßt auch das Recht zur Überführung von Aschenresten (OLG. Kiel, I. Zivilsen. Urt. vom 3. November 1913, SchlHolstAnz. **14** 25). **c)** OLG. **29** 346 (Braunschweig) über den Inhalt des Rechtes, einen Weg wie einen öffentlichen zu benutzen.

4. SchlHolstAnz. **14** 273 (Kiel). Erfordernisse, Begründung und Inhalt einer Gemeindeservitut.

§ 1019. 1. BayNotZ. **15** 351 (LG. München II). § 1019 BGB. fordert, daß die Belastung, in der die Grunddienstbarkeit besteht, für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bringt. § 1019 schließt zwar aus, daß eine Grunddienstbarkeit für einen mit der Benützung des herrschenden Grundstücks nicht in Zusammenhang stehenden, dem Besitzer des herrschenden Grundstücks nur persönlich dienenden Vorteil bestellt wird; dagegen sind solche Grunddienstbarkeiten zulässig, bei denen der Vorteil dem jeweiligen Eigentümer und damit dem Grundstück als solchem zugute kommt (s. RGRKomm. § 1019 Anm. 3). Zulässig sind insbesondere auch Grunddienstbarkeiten zugunsten eines auf dem herrschenden Grundstücke betriebenen Gewerbes (**RG.** GruchotsBeitr. **57** 1162).

2. OLG. **29** 350 (KG.). Eine ausdrückliche Bestimmung, daß eine Dienstbarkeit untergeht, wenn der dem herrschenden Grundstück oder dem Berechtigten gebotene Vorteil dauernd weggefallen ist, enthält das ALR. nicht. Wenn man aber auch davon ausgeht, daß es nach § 25 I. 22 ALR. (ähnlich wie nach § 1019 BGB.) zum Wesen der Grundgerechtigkeit gehört, daß sie dem Vorteile des anderen Grundstücks dient, und daß sie deshalb erlöschen muß, wenn sie diesen Vorteil nicht mehr bringt, so ist doch ein solcher Grundsatz auf die irregulären Personalservituten des ALR. unanwendbar, da er dem Wesen der Personalservituten widersprechen würde.

§ 1021. *Engländer, Rechtsgemeinschaft I 114 (s. den Bericht zu § 741). Für die Unterhaltung einer Anlage auf dem dienenden Grundstücke sind zwischen dem Grunddienstbarkeitsberechtigten und dem mitbenutzenden Eigentümer mangels einer Vereinbarung der Beteiligten nicht Gemeinschaftsregeln (insbes. die §§ 748, 742) anzuwenden; daher besteht keine Unterhaltungspflicht nach gleichen Anteilen (gegen Fuchs, Turnau-Förster). Die Verpflichtung der Unterhaltung der gemeinsam benutzten Anlage und die Kostentragung sind vielmehr abzumessen und zu verteilen nach Verhältnis der Interessen der beiden mitbenutzenden Berechtigten (112, Note 216 auf 114).

§ 1023. 1. Breme, DNotV. **14** 65. (72): Man wird die Begriffsbestimmung der Beschränkung dahin fassen müssen, daß der Berechtigte wegen der Ausübung auf dem dienenden ganzen Grundstücke dauernd auf einen bestimmten Teil angewiesen ist, die anderen Teile, obschon sie seinem Rechte dienen, nicht benutzen darf, daß also — von der Seite des Verpflichteten betrachtet — eine Pflicht zur Duldung der Benutzung auf den anderen Teilen nicht vorliegt, mag auch unter den Voraussetzungen des § 1023 BGB. eine Änderung hierin verlangt werden können. Die Grunddienstbarkeit betrifft dann ihrem konkreten Inhalte nach nur ein beschränktes Gebiet (vgl. Mot. III 489). . . . Das Grundbuch, das noch das ganze Grundstück als belastet aufführt, wird dadurch unrichtig. Die Löschung auf diesem Teile kann verlangt werden. Der formlos zu stellende Antrag auf Löschung bezweckt demnach nicht eine Rechtsänderung, sondern eine Grundbuchberichtigung. Die Bewilligung des passiv beteiligten Berechtigten ist daher nicht erforderlich, wenn aus der der Eintragung zugrunde liegenden Bewilligung die Beschränkung der Ausübung auf einen bestimmten Teil ersichtlich ist und die Katasterkarte über die Teilung erkennen läßt, daß die fraglichen Teile außerhalb liegen; denn in diesem Falle ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen (§ 22 GBO.). . . . (80): Es fragt sich, wie die Verlegung zustande kommt. Ist der Berechtigte, wenn die Voraussetzungen des § 1023 BGB. zutreffen und der Verpflichtete den neuen Wegeszug anlegt und sein Verlangen äußert, ohne weiteres nunmehr berechtigt, den neuen Weg zu gehen, oder muß noch etwas weiteres geschehen, ist insbesondere eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich? Die Beantwortung hängt in der Hauptsache davon ab, ob nur eine das Recht selbst nicht berührende Änderung der tatsächlichen Ausübung vorliegt oder ob das Recht in seinem Inhalte geändert wird. Die erste Ansicht wird von Staudinger und den von ihm angeführten Verfassern (s. Anm. zu § 1023 BGB.) vertreten, während Planck sich im entgegengesetzten Sinne äußert. Der Ansicht von Planck, die sich übrigens auch mit den Motiven (III 486) deckt, dürfte der Vorzug zu geben sein. Der Inhalt des Rechtes besteht in der normierten Benutzungsart sowohl wie auch in dem bestimmten Benutzungsorte; ein Wegerecht ohne Bestimmung eines Wegezugs ist gegenüber einem solchen mit bestimmtem Zuge ebensowohl ein dingliches aliud wie ein Recht mit einem völlig anderen Zuge. Schon ein Vergleich mit den möglichen Folgen der Teilung nach § 1026 BGB., der auch hier die bereits mehrfach betonten Wechselbeziehungen zu § 1023 äußert, läßt erkennen, daß es sich um Rechte verschiedenen Inhalts handelt. Daraus ergibt sich, daß unter den Voraussetzungen des § 1023 der Berechtigte auf Verlangen des

Verpflichteten zum Abschluß eines das Recht inhaltlich ändernden dinglichen Vertrags gehalten ist, und daß die Rechtsänderung zu ihrer Wirksamkeit in das Grundbuch einzutragen ist.

2. OLG. **29** 347 (KG.). Das Verbot des § 1023 Abs. 2 schließt nicht aus, durch Vertrag die Pflicht, die Kosten der Verlegung zu tragen und vorzuschießen, anders zu regeln, als es im § 1023 Abs. 1 vorgesehen ist.

§ 1025. *Engländer, Rechtsgemeinschaft I. 132 Note 237, 333 ff. Im Falle der realen Teilung eines Grundstücks, zu dessen Gunsten eine Grunddienstbarkeit (§ 1025) oder eine Reallast (§ 1109 Abs. 1; auch Überbau- und Notwegsrente: §§ 914, 917) besteht, liegt nicht (so herrschende Lehre) eine echte Gemeinschaft nach Bruchteilen vor; vielmehr fällt das bisherige einheitliche Recht in mehrere selbständige Einzelrechte auseinander, die an demselben Rechtsobjekt als gleichartige und gleichrangige Rechte bestehen, und die entweder ohne jede rechtliche Beziehung zueinander sind — wenn sie nämlich keine gegenseitige Ausübungsstörung zur Folge haben — oder aber (also nicht notwendig!) in Rechtskollision stehen. Für ihre Rechtsausübung sind zwei Maßstäbe aufgestellt. Der erste und in allen Fällen geltende hat Bedeutung in dem Verhältnis aller Grunddienstbarkeitsrechte zum dienenden Grundstück und ist gegeben im Interesse und zum Schutze des Grundstücks gegen übermäßige Beschwerung. Der zweite ist gegeben für das Verhältnis der mehreren Grunddienstbarkeitsberechtigten untereinander, und zwar im Interesse der Eigentümer der mehreren herrschenden Grundstücke.

§ 1026. Breme, DNotV. **14** 65. (74): Es kann ein Wegerecht an dem ganzen Grundstück oder auch an mehreren angrenzenden Grundstücken derart bestellt werden, daß der Berechtigte über diese Grundstücke gehen usw. darf, ohne dauernd an den zunächst bestimmten Wegezug gebunden zu sein. Die Wahl eines anderen Wegezugs kann in sein Belieben gestellt oder auch an gewisse Voraussetzungen geknüpft sein. Mögen diese Voraussetzungen auch noch so entfernt liegen, die Wirkungen des § 1026 BGB. treten bei einem solchen Rechte nur dann ein, wenn ihr Eintritt dauernd unmöglich ist. . . . (75): Wie ist es nun mit den vor dem Inkrafttreten des BGB. bestellten oder ersessenen Wegerechten? Nach preußischem Rechte gab es eine dem § 1026 BGB. entsprechende Bestimmung nicht. Gemäß Art. 184 EGBGB. bleiben die bestehenden Wegerechte mit ihrem bisherigen Inhalte bestehen, vom 1. Januar 1900 ab finden aber die §§ 1020—1028 BGB. Anwendung, also auch der § 1026. Das KG. hat nun die Anwendung des § 1026 davon abhängig gemacht, daß die Teilung nach 1900 vorgenommen worden ist (KGJ. **31** A 310). Diese der Zufälligkeit des Zeitpunkts der Teilung den Ausschlag gebende Entscheidung erscheint jedoch nicht bedenkenfrei und sehr formalistisch; sie verneint nicht nur die dingliche Wirkung des § 1026 BGB., sondern auch im Gegensatze zu früheren Entscheidungen (KGJ. **4** 167 und 168) einen Anspruch des Verpflichteten auf Löschung mit Rücksicht auf die Rechte des Berechtigten aus §§ 60 Abs. 2, 29 PrZVG. Die Entscheidung kann aber nur gebilligt werden, wenn man die Rechtsfolge des § 1026 BGB. an die Vornahme der Teilung knüpft; man wird aber richtiger sagen müssen, daß nicht der Vorgang der Teilung, sondern die Tatsache der vollzogenen Teilung, die Tatsache, daß jetzt selbständige Grundstücke vorhanden sind, die von der örtlich beschränkten Ausübung in dem oben erörterten Sinne nicht betroffen werden, die entscheidende Voraussetzung des § 1026 BGB. ist. . . . (77): Die Frage, ob die Verlegung nur auf das belastete Grundstück oder auch ganz oder zum Teil auf das angrenzende Grundstück desselben Eigentümers verlangt werden kann, könnte unter Anwendung der Grundsätze über Treu und Glauben und insbesondere in einem Falle, wo nach § 1026 BGB. die früher haftenden, inzwischen abgeteilten Nachbarparzellen frei geworden sind, ohne daß der Eigentümer sich dessen bewußt wäre, bejaht werden.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. ElsLothNotZ. **14** 131 (LG. Mülhausen). Der Nießbrauch an einem Wohnhause kann auf eine bestimmte Wohnung beschränkt werden.

§§ 1036 ff. *Engländer, Rechtsgemeinschaft I. 181 Note 335 (s. § 741). Die §§ 1036 Abs. 2, 1037, 1038, 1039 begründen nicht nur obligatorische Verpflichtungen des Nießbrauchers, die neben seinem dinglichen Rechte einherlaufen (Legalschuldverhältnis, Annex), sondern begründen dingliche Schranken des Nießbrauchsrechts, Schranken seines positiven Inhalts; die aus ihnen folgenden gesetzlichen „Pflichten" gehören unmittelbar zum Inhalte des Nießbrauchs selbst.

§ 1047. 1. OLG. **29** 351 (KG.). Der § 1047 beschränkt sich zwar nach dem Wortlaut auf diejenigen privatrechtlichen Lasten, die schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der belasteten Sache ruhten, er ist indeß sinngemäß auf die Lasten auszudehnen, die im Nießbrauchsvertrag als demnächst zu begründende ausdrücklich vorbehalten sind.

2. OLG. **29** 351 (KG.). Während im allgemeinen der Nießbraucher die Nutzungen uneingeschränkt zieht, ist hier bestimmt worden, daß der Kläger nicht die Nutzungen schlechthin, sondern nur $1/3$ des Überschusses zum Entgelte für seine Bemühungen und ein weiteres Drittel zur Ablösung seiner Hypothek erhalten soll, auch vierteljährlich Rechnung zu legen hat. Diese Abweichungen stellen sich aber nur als zulässige Änderungen des zwischen den Parteien als Nießbraucher und Eigentümer bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisses dar und lassen das dingliche Recht des Nießbrauchers auf die Nutzungen unberührt.

§ 1056. Langerhans, DJZ. **14** 502. In den §§ 1054, 1052 BGB. ist vorgesehen, daß der Eigentümer die Zwangsverwaltung seines Grundstücks betreiben kann, wenn der Nießbraucher seine Pflichten in gewisser Weise verletzt. Es sind Anordnungen und Mitwirkung des Gerichts vorgesehen; es ist aber nicht bestimmt, welches Gericht hierbei anzugehen ist. In der Praxis sind dadurch erhebliche Mißstände erwachsen. Insbesondere hat das Prozeßgericht wiederholt auf Antrag der Partei einen bestimmten Verwalter ernannt, sei es einen ihm bekannten Zwangsverwalter von Grundstücken, sei es den Eigentümer selbst. Diese Verwalter haben dann das Grundstück in ihre Verwaltung genommen, ohne daß ihnen eine Mitwirkung des Vollstreckungsgerichts erforderlich erschien. Das Verfahren ist offenbar unrichtig und steht im Widerspruche mit der Bestimmung, daß der Verwalter unter der Aufsicht des Gerichts stehen soll, wie ein Zwangsverwalter. Die Beschwerdekammer des LG. I Berlin hat jetzt auch entschieden, daß es nicht Aufgabe des Prozeßgerichts ist, einen Zwangsverwalter zu ernennen.

§ 1059. Kretzschmar, LeipzZ. **14** 992. Einem anderen die Ausübung des Nießbrauchs überlassen, muß doch wohl bedeuten, daß die sich aus dem Nießbrauch ergebenden Befugnisse vom Nießbraucher auf den anderen übertragen werden, so daß dieser andere nunmehr für die Ausübung der Befugnisse an die Stelle des Berechtigten tritt. Dem wird die herrschende Meinung, wonach die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs lediglich schuldrechtliche Beziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Dritten begründet, nicht gerecht. Nehmen wir an, daß ein Grundstück Gegenstand des Nießbrauchs ist. Wird das Grundstück nach dem Vorschlage der Denkschrift demjenigen, dem die Ausübung des Nießbrauchs überlassen werden soll, vermietet oder verpachtet, so ist dies keine Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs, sondern es wird dadurch ein Miet- oder Pachtverhältnis begründet, für das neben den allgemeinen Vorschriften über die Miete und die Pacht die Sondervorschrift des § 1056 BGB. gilt. Ist das dem Nießbrauch unterworfene Grundstück vermietet oder verpachtet und wäre es unzulässig, die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen

in dem dargelegten Sinne zu überlassen, so könnte der Nießbraucher dem anderen nur seine Zinsforderungen aus dem von ihm geschlossenen Miet- oder Pachtvertrag abtreten. Das Miet- oder Pachtverhältnis bestünde unter den Parteien weiter, so daß eine Kündigung des Verhältnisses durch den Mieter oder Pächter gegenüber dem Nießbraucher zu erfolgen hätte und dieser nach wie vor zur Kündigung sowie zur anderweiten Vermietung oder Verpachtung berechtigt wäre. Mit der Beendigung des Miet- oder Pachtverhältnisses hörte das Zinsbezugsrecht des Dritten auf und ein Recht auf die Zinsforderungen aus dem neu abgeschlossenen Vertrage könnte der Dritte nur durch Abtretung der Forderungen erlangen. Entsprechendes würde gelten, wenn der Nießbrauch eine bewegliche Sache betrifft. Setzen wir sodann den Fall, daß es sich um eine — verzinsliche — Hypothekenforderung handelt. Hier könnte der Nießbraucher dem Dritten ebenfalls nur die Zinsforderungen abtreten. Der Nießbraucher behielte das Recht, in Gemeinschaft mit dem Gläubiger die Forderung zu kündigen und einzuziehen; mit der Einziehung würde das Bezugsrecht des Dritten erlöschen. Bei einer unverzinslichen Forderung wäre die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs überhaupt ausgeschlossen, da eine solche Forderung nur mittelbar, nämlich durch ihre Einziehung und Nutzung des geleisteten Gegenstandes, dem Nießbrauche zugängig gemacht werden kann, die Einziehung der Forderung aber dem Nießbraucher zustände. Hierzu tritt, daß der Verzicht des Nießbrauchers auf den Nießbrauch dem Rechte des Dritten, abgesehen von der im § 1056 Abs. 2 Satz 2 BGB. bestimmten Ausnahme, ein Ende bereiten würde, wenn der Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs nur schuldrechtliche Wirkung zukäme. Soll daher mit der vom Gesetze zugelassenen Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs Ernst gemacht werden, so muß sie in dem Sinne einer auf die Ausübung beschränkten Übertragung des Rechtes verstanden werden. Damit ist zugleich die Form für die Überlassung gegeben; sie ist diejenige, in der die — nicht zulässige — Vollübertragung des Nießbrauchs zu erfolgen hätte, d. i. nach dem Systeme des Gesetzes die der Bestellung des Nießbrauchs (vgl. den § 1011 Abs. 3 E. I). Die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an einem Grundstücke erfordert sonach neben der Einigung des Nießbrauchers und des anderen Teiles die Eintragung der Überlassung in das Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB.); die des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache aber erfordert Einigung in Verbindung mit der Einräumung des Besitzes (§ 1032). Die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an einer Forderung oder an einem sonstigen Rechte erfolgt gemäß § 1069 Abs. 1 BGB. nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften, so daß grundsätzlich der Überlassungsvertrag genügt (§§ 398, 413), während bei Grundbuchrechten außer der Einigung die Eintragung der Überlassung in das Grundbuch, bei einem Briefgrundpfande die Erteilung einer schriftlichen Überlassungserklärung und die Übergabe des Hypothekenbriefs erforderlich ist (§ 873 Abs. 1, § 1154). Kann kraft des Rechtes, das dem Nießbrauch unterworfen ist, eine Leistung gefordert werden, so ist überdies die Vorschrift des § 1070 Abs. 1 zu beachten. . . . Zur Pfändung der Ausübung des Nießbrauchs ist bei Hypothekenforderungen außer dem Pfändungsbeschlusse die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch bzw. bei einem Briefgrundpfande die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger erforderlich. Diesen Standpunkt nimmt auch **RG. 74** 78 ff. ein.

II. Nießbrauch an Rechten.

§ 1068. Breit, Gratisaktie und Nießbrauch, LeipzZ. **14** 368. Gewiß wird durch die Ausgabe von Gratisaktien der Nießbraucher schwer benachteiligt. Geschieht doch diese Kapitalserhöhung zu dem Zwecke, um die Dividende zu verringern; dadurch ergibt sich dann von selbst die erstrebte Steuerermäßigung. Dies ist jedoch noch kein Rechtsgrund dafür, daß sich der Nießbrauch auf diejenigen Gratisaktien erstrecke, die auf die Nießbrauchaktien entfallen. Der Nießbraucher ist aber

anders durch das Gesetz geschützt: für den Nießbrauch an Aktien gelten die Bestimmungen der §§ 1068 ff. BGB., insbesondere §§ 1076 und 1081 ff., und danach wird der Nießbraucher unmittelbar Mitberechtigter bezüglich des dem Nießbrauch unterworfenen Rechtes. Zu Verfügungen über das Recht, so vor allem zur Kündigung und Einziehung (§§ 1076, 1078 BGB.) sind deshalb nur beide gemeinsam befugt. Im Gegensatze zu zinslosen Forderungen, welche der Nießbraucher gemäß § 1074 allein kündigen und einziehen darf, tritt also hier wiederum die allgemeine Vorschrift des § 1071 in Kraft, wonach zur Aufhebung des dem Nießbrauch unterliegenden Rechtes die Zustimmung des Nießbrauchers erforderlich ist. Infolgedessen rechtfertigt sich ohne weiteres der Schluß, daß auch Abs. 2 dieser Bestimmung Platz greift: „Das gleiche gilt im Falle einer Änderung des Rechtes, sofern sie den Nießbrauch beeinträchtigt."

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. 1. a) FrankfRundsch. **47** 251 (KG.). Mit Recht gehen die Vorinstanzen davon aus, daß die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, deren Eintragung beantragt ist, nur dann eintragungsfähig ist, wenn die Beschwerdeführerin von ihrer Begründung einen privatrechtlichen Vorteil hat. Diese Auffassung entspricht der Rechtsprechung des RG. (**RG. 61** 338) und des KG. (KGJ. **40** 247). Rechtsirrig ist es dagegen, wenn das LG. einen Vorteil verlangt, der einem Grundstücke der Beschwerdeführerin zugute kommt. Ein solcher Vorteil ist nur für die Grunddienstbarkeit zu fordern (§ 1019 BGB.). Bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit handelt es sich um einen Vorteil zugunsten der Person des Berechtigten (**RG. 61** 341). Es genügt daher ein Vorteil, der dem Vermögen des Berechtigten erwächst. Ein solcher Vorteil liegt hier vor. Die Stadtgemeinde Wiesbaden besitzt in dem Baublock, aus dem die Eheleute K. einen Teil erworben haben, ein größeres Gelände. Dieses gewinnt, wie das LG. feststellt, dadurch an Wert, daß der Baublock zur Schaffung eines Villenviertels verwendet wird. Einer solchen Verwendung dient die hier fragliche Dienstbarkeit. Durch sie wird also das Vermögen der Stadtgemeinde vermehrt. Dieser — zweifellos privatrechtliche — Vorteil ist allerdings, da die Stadtgemeinde ihr Baugelände veräußern will, kein dauernder. Ob die Dauer des Vorteils ein gesetzliches Erfordernis der Dienstbarkeit ist, bedarf indessen keiner Entscheidung, da auch die Bejahung dieser Frage die hier fragliche Dienstbarkeit nicht unzulässig macht. Denn die Stadtgemeinde hat an der Begründung der Dienstbarkeit noch ein weiteres, zweifellos dauerndes Vermögensinteresse. Die Anziehungskraft eines Badeorts und einer Fremdenstadt, wie es Wiesbaden ist, ist dann unzweifelhaft eine größere, wenn die Stadt durch die Schaffung von Gartenanlagen schöner und gesünder wird. Die Vergrößerung der Anziehungskraft einer Stadt bedeutet aber für diese einen wirtschaftlichen Vorteil, und dieser ist ein dauernder. b) KGJ. **45** 220 (KG.) Der wirtschaftliche Vorteil, den eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit dem Berechtigten gewähren muß, kann darin bestehen, daß durch die gleichzeitig mit einem dinglichen Wiederkaufsrecht an einem Rentengute bestellte Dienstbarkeit die Erhaltung des belasteten Grundstücks in einem für den Wiederkaufsberechtigten im Falle des Wiederkaufs geeigneten Zustande gesichert werden soll. Dies gilt auch dann, wenn der Berechtigte eine gemeinnützige Genossenschaft ist.

2. **RG.** BayNotZ. **14** 270. Die Verpflichtung, zugunsten einer Stadtgemeinde eine Baubeschränkung des Inhalts eintragen zu lassen: „Dieses Grundstück darf nur mit einem Gebäude bebaut werden, dessen Grundrisse und Fassaden vom Magistrate genehmigt sind; vor schriftlicher Erteilung der Genehmigung darf mit dem Baue nicht begonnen werden", hat die Natur einer Dienstbarkeit.

§ 1093. 1. R. **14** Nr. 213 (Stuttgart). Ein dingliches Wohnungsrecht ruht nicht nur auf dem Gebäude, in dem es tatsächlich ausgeübt wird, sondern auf dem ganzen Grundstücke.

2. Josef, RheinA. **6** 227 (239). Tritt der Altsitzer, dem das Recht auf Unterhalt im Grundstück oder auf eine Geldrente zusteht, dieses Recht an einen Dritten ab, so ist, da die Abtretung des Unterhaltsrechts eine Veränderung des Inhalts des Rechtes zur Folge hätte, also unzulässig ist (§ 399), diese Abtretung nach § 139 auszulegen als Abtretung des Anspruchs auf die Geldrente. Die Abtretung hat also nicht eine Veränderung des Inhalts des Rechtes, sondern nur eine Beschränkung seines Umfanges zur Folge. Aus diesem Grunde ist auch eine Pfändung des dem Altsitzer zustehenden Rechtes auf Unterhalt oder auf die Geldrente zulässig. Der Gläubiger kann auch hier nur die Rente verlangen, d. h. während das Schuldverhältnis in der Hand des Altsitzers als Wahlschuldverhältnis bestand, hat die Pfändung die Beschränkung des Umfanges der Forderung zur Folge, wogegen der Inhalt der (allein noch zulässig gebliebenen) Leistung keine Veränderung erfährt. Der § 399 BGB. mit § 851 ZPO. steht also der Pfändung eines solchen Rechtes nicht entgegen. S. auch den Bericht zu § 50 GBO.

3. OLG. **29** 352 (München). Verzicht auf die Sicherstellung des Wohnungsrechts.

4. Dirksen, PrVolksschulA. **13** 1. Rechte und Pflichten der Volksschullehrer hinsichtlich ihrer Dienstwohnungen und Dienstländereien.

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1094. **RG.** **84** 100, WarnE. **14** 154. Die Begründung des Wiederkaufsrechts bei Rentengütern hat nach Art. 29 § 1 PrAGBGB. allerdings zur Voraussetzung, daß der Wiederkaufsberechtigte das Rentengut dem anderen Teile veräußert (zu Eigentum überträgt), es braucht dem aber nicht notwendig ein Kaufvertrag zugrunde zu liegen, es kann dies vielmehr in ernstlicher Weise und, ohne daß man berechtigt ist, von einem Scheingeschäfte zu reden, auch in der Weise geschehen, daß der Staat, um solche Rentengüter zu begründen, Besitzungen (fiduziarisch) zu Eigentum erwirbt und sie dann dem früheren Eigentümer als Rentengut wieder überläßt. Daß darin keine Umgehung des Gesetzes und auch kein „Schleichweg" liegt, erhellt am besten aus dem Umstande, daß der preuß. Gesetzgeber diesen angeblichen Schleichweg in seiner neueren Gesetzgebung über die Besitzbefestigung nicht bloß gebilligt, sondern durch Bewilligung von Geldmitteln besonders unterstützt und gefördert hat.

§ 1098. **RG.** WarnE. **14** 75. Darüber sind beide Vorderrichter mit der fast unbestrittenen Rechtslehre einig, daß ein dingliches Vorkaufsrecht mit festbestimmtem Preise nicht begründet und daher im Grundbuch auch nicht vorgemerkt werden könne. Auch der erk. Sen. billigt diese Meinung, weil der geschlossene Kreis der vom BGB. zugelassenen dinglichen Rechte nicht erweitert werden darf und weil sich gemäß § 1098 BGB. das dingliche Vorkaufsrecht nach den Vorschriften von §§ 504—514 bestimmt, diese Gesetzesstellen aber von einem Vorkaufsrechte zu bestimmtem Preise nichts wissen. Mag, wie nicht zu bezweifeln, im schuldrechtlichen Verkehre die Begründung eines derartigen Vorkaufsrechts zulässig sein, Dinglichkeit kann ihm durch Parteiwillkür keinesfalls verliehen werden.

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105. 1. **RG.** JW. **14** 981. Es ist zulässig, zur Sicherung einer Darlehens- oder sonstigen Kreditforderung eine Reallast auf einem Grundstücke zu bestellen, denn die Reallast kann auch auf bestimmte Zeit bestellt werden. . . . Die Reallast ist ähnlich der Grundschuld, ein selbständiges,

von dem Grundgeschäft unabhängiges dingliches Recht, dessen dingliche Wirksamkeit nicht davon abhängig ist, ob dafür Valuta gegeben worden ist, und ob gegebenenfalls diese, wie beim Altenteile, in einem Kauf- oder Überlassungsvertrag, oder in einem Darlehen bestanden hat. Ebensowenig erfordert die Reallast begrifflich, daß sie auf ewige Dauer und nicht auf Zeit bestellt, insbesondere amortisiert wird. Die neuere Gesetzgebung, insbesondere das PrAblösungsG. vom 2. März 1850 (§§ 6, 91), wendet sich gerade gegen die beständigen (festen) Reallasten; und während beständige Naturallasten (im Gegensatze zu den vorübergehenden, insbesondere dem Altenteil: Art. 15 PrAGBGB.) durch § 91 G. vom 2. März 1850 ganz verboten worden sind, sind feste Geldrenten darin zwar für zulässig erklärt, aber der Ablösung unterworfen. Insbesondere ist die Amortisationsrente (als Reallast) eine in der neueren preußischen Gesetzgebung mehrfach wiederkehrende Erscheinung (§ 2 PrRentenbankG. vom 2. März 1850, § 3 Abs. 2 RentengutsG. vom 7. Juni 1891).

2. **RG.** R. **14** Nr. 1840. Im Wege der Auslegung kann eine Gemeinde als reallastberechtigt hinsichtlich der Straßenherstellung angesehen werden, auch wenn der Grundbucheintrag nur auf die „zuständige Behörde" lautet und die Gemeinde zur Reallastbestellung nicht zugezogen war.

3. OLG. **29** 355 (Braunschweig) über eine Reallast mit Gegenleistung nach gemeinem Rechte.

§ 1107. OLG. **29** 359 (KG.). Auf das dingliche Recht der Reallast finden hinsichtlich der einzelnen Leistungen die für die Zinsen einer Hypothek geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Die Hypothek und demnach auch das Zinsrecht der Hypothek (§ 1118) erstreckt sich nach § 1120 auf das Zubehör, das dem Eigentümer gehört.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahr ist das Wesen der Hypothek und der Grundschuld von Schreiber einer eingehenden Erörterung unterzogen worden. Schreiber geht bei seiner Auffassung (§ 1113 Ziff. I 1, 2) von der Gläubigerseite aus und schlägt das Wort „Anrecht" als geeignet vor, um die Aktivseite der Schuld zu bezeichnen. Der Gläubiger habe danach ein Anrecht auf den Ersatz, und falls dieser ausbleibe, stehe ihm eine Deckung zur Seite; der Schuldner sei Träger der Schuld, die auf den Erfolg geht, und setze sich bei Nichttilgung der Schuld der Haftung aus. Hieraus folgert Schreiber, daß das Grundpfandrecht ein Anrecht des Gläubigers auf eine bestimmte Geldsumme und wegen dieses Anrechts eine sachenrechtliche Deckung am Grundstücke, daß es dagegen keine Schuld des Eigentümers enthalte. Biermann behandelt die rechtlichen Wirkungen der Gesamtschuld und der Gesamtgläubigerschaft bei Hypotheken (§ 1113 Ziff. III 2, § 1132 Ziff. I 5, § 1164 Ziff. 2 u. a.). Hirschfeld hat Beiträge zum Pfandrechte am eigenen Grundstücke geliefert (Bericht zu den §§ 1113, 1163, 1164, 1169, 1176) und Röttgen sich mit der künftigen Eigentümerhypothek und ihrer Pfändung beschäftigt (§ 1163 Ziff. III 1). Auch die Rechtsprechung hat mancherlei zur Klärung der zahlreichen Fragen des Hypothekenrechts beigetragen. Zunächst hat das KG. zu der praktisch außerordentlich weittragenden Frage Stellung genommen, ob eine Hypothekeneintragung ausdrücklich die Bezeichnung als Hypothek oder die Angabe des Schuldgrundes enthalten müsse und nichtig sei, wenn dieser Bestandteil durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ausgedrückt ist. Das KG. hat diese Frage in einem Beschlusse vom 6. Juli 1914 (§ 1115 Ziff. IV 3 a) bejaht, diese Ansicht jedoch in einem am 8. Oktober 1914 erstatteten Gutachten (§ 1115 Ziff. IV 3 b) geändert und mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit der Unterschiede zwischen Hypothek und Grundschuld eine Eintragung, die nur in Verbindung mit der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung erkennen läßt,

ob eine Hypothek oder eine Grundschuld vorliegt, zwar für nicht ordnungsmäßig, aber doch für nicht ungültig erklärt. Diese Auffassung ist im Interesse der Aufrechterhaltung zahlreicher Hypotheken sehr zu begrüßen. Auch das RG. hat sich mit der Frage der Eintragung und der Richtigkeit des Schuldgrundes beschäftigt (§ 1115 Ziff. IV 1, 2). Ferner ist die Zulässigkeit der Verbindung einer Zwangshypothek und einer Vertragshypothek in der Form der Gesamthypothek mehrfach Gegenstand der Erörterung gewesen; das OLG. Dresden (§ 1132 Ziff. II 1) hat mit dem KG. (JDR. **12** zu § 1132 Ziff. 1) die Zulässigkeit verneint, während das BayObLG. (§ 1132 Ziff. II 2) sich auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt hat. Sodann sind über die rechtlichen Beziehungen der Amortisationshypothek und die des damit zusammenhängenden Zuschußdarlehens einige Entscheidungen zu verzeichnen (§ 1115 Ziff. IV 1, 3, 4). Auch der Bericht zu § 1179 über die Löschungsvormerkung ist wiederum ziemlich umfangreich; hierbei ist allerdings auch die Rechtslehre beteiligt. Endlich ist noch auf die zu § 1189 verzeichneten Urteile über die Bestellung von Treuhändern hinzuweisen; auf die Anwendung des § 1189 hat jedoch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes, betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, vom 4. Dezember 1899, vom 14. Mai 1914 (RGBl. 121) eingewirkt.

Literatur: Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke. — Röttgen, Zwei grundbuchrechtliche Fragen. — Schreiber, Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, 1. Bd. — Sittarz, Die Rechte der Hypothekengläubiger an den Mietzinsen.

Erster Titel. Hypothek.

§ 1113. I. Wesen der Hypothek. 1. Schreiber aaO. 317. Das Grundpfandrecht enthält ein Anrecht des Inhalts, daß der Gläubiger eine bestimmte Geldsumme bekommen soll, und wegen dieses Anrechts sachenrechtliche Deckung am Grundstücke. Dagegen enthält es weder Schuldpflicht noch auch nur Schuld des Eigentümers. Für den Klagantrag ist demnach auch die in der Praxis üblichste Formulierung auf „Duldung der Zwangsvollstreckung wegen des Hypothekenbetrags" als die richtige anzusehen. Die hier vorliegende Sachhaftung bezieht sich nicht auf das haftende Grundstück allein, sondern auf den ganzen Inbegriff von Vermögensstücken, der mit dem Grundstücke zu einer besonderen wirtschaftlichen Einheit verbunden ist. Es ist leicht einzusehen, daß es die Interessen des Grundstückseigentümers schwer schädigen hieße, wenn man alle diese Vermögensteile, wie das Inventar und die Ernte eines Landguts, die Mieten eines städtischen Zinshauses, einer vollkommen gleichen Sachhaftung unterwerfen wollte, wie etwa eine Sache, die mit Pfandrecht belastet oder einem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht unterworfen ist. Besonders wenn das Grundstück für den Eigentümer den Mittelpunkt seiner gesamten wirtschaftlichen Existenz bedeutet, würde eine solche Haftung zu unerträglicher und den Zusammenbruch herbeiführender Fesselung führen. So ist denn hier eine Form der Sachhaftung gegeben, die in ihren Vorstadien gegenüber der gewöhnlichen Sachhaftung erheblich gelockert und einer schuldrechtlichen Haftung angenähert ist. Die Grenze zur Haftung im engeren Sinne bezeichnet die Beschlagnahme deutlich. . . . Von diesen Grundlagen aus ist die akzessorische Natur der Hypothek, und zwar zunächst der Sicherungshypothek, näher zu untersuchen. Hier hat der Gläubiger ein Anrecht mit schuldrechtlicher Deckung gegen seinen Schuldner, d. i. seine Forderung. Als zweite Deckung für dieses Anrecht steht ihm das weitere Anrecht mit sachenrechtlicher Deckung am Grundstücke zur Verfügung. Aber nicht in der Weise, daß der Bestand des zweiten Anrechts überhaupt von der Forderung abhängig wäre, sondern nur so, daß die Zuständigkeit des Gläubigers allein durch seine Forderung begründet ist. Soweit die Forderung fehlt, steht das Anrecht mit seiner sachenrechtlichen Deckung nicht dem Gläubiger, sondern dem Eigentümer des haftenden

Grundstücks zu. Das lehren eindeutig die Vorschriften über die Eigentümerhypothek. Außerdem ist es zugelassen, die Forderung, die zunächst durch die Sicherungshypothek gedeckt sein sollte, gegen eine andere Forderung auszutauschen. Als subjektives Recht des Gläubigers aufgefaßt ist demnach die Sicherungshypothek ganz gewiß akzessorisch; denn sie steht ihm nur zu, wenn und soweit er die Forderung hat, für die sie als Deckung dient. Dagegen ist sie nicht akzessorisch, wenn man auf ihren objektiven Bestand sieht. Denn soweit der Gläubiger jene Forderung entbehrt, geht die Hypothek nicht unter, sondern geht auf den Eigentümer über. Der konstruktive Ausdruck dieses Sachverhalts ist die Annahme eines doppelten Anrechts, die oben eingehend begründet wurde. Wobei also näher zu sagen ist, daß das zweite Anrecht nicht kraft Haftung besteht, sondern dem Gläubiger kraft Haftung zusteht. Da man nun aber gewöhnt ist, als akzessorische Rechte vorzüglich solche zu bezeichnen, die überall nur kraft Haftung bestehen, wie die Bürgschaft oder das Fahrnispfand, und da es sich hier um einen offenbar erheblich abweichenden Sachverhalt handelt, ist es angemessener, bei Hypotheken nicht von akzessorischer Natur zu sprechen. Man könnte sie höchstens „mittelbar akzessorisch" nennen, weil der Zusammenhang der in ihnen gegebenen Sachhaftung mit der Forderung erst noch durch ein besonderes Anrecht vermittelt wird; im Gegensatze zu dem „unmittelbar akzessorischen" Pfandrechte, bei dem die Sachhaftung für das gleiche Anrecht besteht, dem die schuldrechtliche Haftung dient.

2. Schreiber, Schuld und Haftung 276. Sachhaftung sind diejenigen Normen der Haftung und ihrer Vorstadien, die dem Deckungsberechtigten Befugnisse verleihen lediglich in bezug auf bestimmte Objekte, nicht gegen bestimmte Personen. Für sie ist es daher auch im Gegensatze zu den Normen der schuldrechtlichen Haftung nicht begrifflich notwendig, daß im Einzelfalle den verliehenen Befugnissen Gegeninteressenten gegenüberstehen. Die Objekte der Sachhaftung können Sachen, aber auch Rechte und andere Vermögenswerte sein. Von hier aus ergibt sich vor allen Dingen, daß es theoretisch für die Sachhaftung gänzlich gleichgültig ist, in wessen Eigentume die haftenden Gegenstände stehen oder ob sie überhaupt jemandem gehören. Auch wenn der Deckungsinhaber selbst Eigentümer der haftenden Sache ist, so wird damit an dem Bestande der Sachhaftung nur das eine geändert, daß der Eigentümer aus dem Kreise der möglichen Gegeninteressenten ausscheidet; dieser setzt sich dann allein aus den Fremdberechtigten zusammen.

II. Rechtswirksamkeit der Hypothek. 1. SchlHolstAnz. **14** 76 (Kiel). Zur rechtswirksamen Begründung einer Hypothek ist nicht erforderlich, daß die Entstehung der Forderung in der Person des eingetragenen Gläubigers beabsichtigt wird; die Einigung kann auch dahin gehen, daß die Forderung erst in der Person eines künftigen Geldgebers zur Entstehung gelangen soll.

2. Bordellhypothek. a) **RG.** WarnE. **14** 358. Der Berufungsrichter erachtet den Kaufvertrag, auf Grund dessen die Beklagte das mit der streitigen Restkaufgeldhypothek belastete Hausgrundstück im Jahre 1903 von B. erworben hat, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. 1 BGB. für nichtig, weil die Beklagte das Grundstück zum Zwecke der Fortführung des Bordellbetriebs in dem Hause erworben habe und mit Rücksicht hierauf der Kaufpreis für das Grundstück, das B. drei Jahre vorher für 58 000 M. erworben gehabt habe, im Verhältnisse zu dem wirklichen Werte besonders hoch, auf 88 000 M. festgesetzt, demnach das Bordellgeschäft mit zum Gegenstande der Veräußerung gemacht worden sei. Hiergegen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben (vgl. **RG. 63** 179, **68** 97, **75** 71, **78** 282). Weiter nimmt der Berufungsrichter an, daß trotz Nichtigkeit des Kaufvertrags das Eigentum an dem Grundstücke durch Auflassung und Eintragung auf die Beklagte übergegangen und durch die Einigung der Beteiligten über die Hypo-

thekbestellung ein hypothekarisches Recht an dem Grundstücke rechtsgültig begründet worden sei, jedoch die Hypothek wegen Nichtigkeit der gesicherten Kaufpreisforderung gemäß §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB. als Eigentümergrundschuld der Beklagten als Eigentümerin des Grundstücks zustehe. Auch dies ist nicht zu beanstanden (vgl. **RG. 75** 74, **78** 285, JW. **11** 317 Nr. 2, **12** 853 Nr. 4, **13** 540 Nr. 3). Andererseits führt der Berufungsrichter zutreffend aus: Die Klägerin als dritte rechtsgeschäftliche Erwerberin der Hypothek könne sich aber auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen; da sich dieser auch auf die Forderungen erstrecke, gelte die Hypothek gemäß §§ 892, 1138 BGB. als rechtswirksam begründet, sofern nicht die Klägerin beim Erwerbe der Hypothek die Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts gekannt habe. Daß die Klägerin zur Zeit der Abtretung der Hypothek am 28. November 1911 diese Kenntnis gehabt habe, nimmt der Berufungsrichter an, weil die Klägerin auf die Behauptung der Beklagten, daß ihr zu diesem Zeitpunkte die Nichtigkeit von Bordellhypotheken bekannt gewesen sei, eine Erklärung nicht abgegeben habe. Deshalb erachtet der Berufungsrichter die Abtretung für ungültig. Dagegen erklärt er, die Klägerin habe auf Grund der von B. unter dem 15. März 1907 ausgestellten Verpfändungsurkunde und der Übergabe des Hypothekenbriefs gemäß §§ 1274, 1275 BGB. ein Pfandrecht an der Hypothek rechtswirksam erworben gehabt, sofern sie nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs gekannt habe, und da die Klägerin erwiesenermaßen sowohl zur Zeit der Kündigung als auch später noch zum mindesten aus einem fälligen, von B. mitunterzeichneten Wechsel über 24 000 M. eine entsprechende fällige Forderung gegen B. gehabt habe, so sei die Klägerin gemäß §§ 1282 Abs. 1, 1283 Abs. 3, 1228 Abs. 2 BGB. zur Kündigung und zur Geltendmachung der Hypothek von noch 11 380 M. berechtigt. Auch hierin ist ein Grund zur Beanstandung nicht zu finden. **b)** SchlHolstAnz. **14** 233 (Kiel). Vor 1900 bestellte Bordellhypothek als Eigentümergrundschuld neueren Rechtes.

3. OLG. **29** 246 (BayObLG.). Die Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 866 ist eine Vollstreckungsmaßregel und daher nur zulässig, wenn die allgemeinen Erfordernisse des Beginns der Zwangsvollstreckung gegeben sind, also unzulässig, wenn der Beschwerdeführer es unterlassen hat, die Vollstreckungsklausel den Schuldnern zuzustellen.

4. OLG. **29** 319 (KG.). Die Eintragung einer Hypothek auf Grund der Bewilligung einer Person, die nicht Eigentümer ist, ist nichtig.

III. Die Hypothekenforderung. 1. **a)** Brosig, DJZ. **14** 566. Der Grundbuchrichter darf eine Hypothek nicht eintragen, wenn er aus den Angaben des Antragstellers oder sonstigen ihm bekannten Tatsachen die Unmöglichkeit der Entstehung der Forderung ersieht (KGJ. **40** A 258 f., insbes. 260). Wenn ein Vater für sein unter seiner elterlichen Gewalt stehendes Kind eine verzinsliche Hypothek an seinem Grundstücke bestellt, braucht er allerdings nicht in jedem Falle durch öffentliche Urkunden den Nachweis zu führen, daß die zugrunde liegende Forderung zum nießbrauchfreien Vermögen des Kindes gehört. Der Grundbuchrichter muß aber den Antrag auf Eintragung einer schon während der Dauer der elterlichen Gewalt bestehenden Zinspflicht beanstanden oder ablehnen, wenn aus dem Eintragungsantrag erhellt, daß die Forderung, die durch die Hypothek gesichert werden soll, nicht zu dem freien Vermögen des Kindes gehört. **b)** AM. Ricks, DJZ. **14** 690.

2. Biermann, ABürgR. **40** 318. (338): Bestellt der Schuldner für eine Gesamtforderung eine Hypothek an seinem Grundstücke, so sind in Wahrheit so viele Hypotheken vorhanden, als Gläubiger da sind, denn jeder Gläubiger hat gegen den Schuldner eine Forderung, und der Zahl der Forderungen muß diejenige der Hypotheken entsprechen. Die Form der Eintragung im Grundbuch ist zweifelhaft. Nach v. Fuhr sind so viele Hypotheken — natürlich mit gleichem

Range — einzutragen, als Forderungen vorhanden sind. Es ist dies nicht für notwendig zu halten, sondern anzunehmen, daß es genügt, wenn die Summe nur einmal, aber für sämtliche Gläubiger und mit dem Vermerke, daß sie Gesamtgläubiger sind, eingetragen wird. Es ist zuzugeben, daß die Zulässigkeit einer solchen Eintragung nicht schon aus § 48 GBO. folgt. Danach soll, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Diese Vorschrift paßt deswegen nicht recht, weil es sich tatsächlich hier um mehrere Rechte handelt, nämlich um so viele Hypotheken, als Forderungen vorhanden sind, ferner aber, weil es mindestens zweifelhaft erscheint, ob unter den Gesamtgläubigern eine „Gemeinschaft" besteht. Immerhin ist vom wirtschaftlichen Standpunkt aus die Sachlage anders zu beurteilen. ... (339): Sind die Hypotheken durchweg Briefhypotheken, so sind so viele Briefe auszustellen, als Gläubiger vorhanden sind, da jeder Gläubiger über die ihm zustehende Forderung nebst Hypothek verfügen, eine Verfügung aber nur mit Hilfe des Briefes vornehmen kann. Jeder Gläubiger erwirbt die Hypothek erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird. Erfolgt die Übergabe zu verschiedenen Zeiten, so entstehen auch die Gläubigerhypotheken zu verschiedenen Zeiten. Die Ranggleichheit der Hypotheken wird dadurch indessen nicht berührt. ... (345): Ziemlich fernliegend ist es, daß eine unteilbare Forderung durch Hypothek gesichert werden soll. Ausgeschlossen ist es indessen nicht. Denn wenn auch nur eine Geldforderung, also eine ihrem Wesen nach teilbare Forderung, Hypothekenforderung sein kann, so kann doch auch eine solche Forderung durch Vertrag zu einer unteilbaren gemacht werden, ohne daß sie damit zugleich zu einer Gesamtforderung wird. Die sich hieraus ergebenden Rechtsverhältnisse sind sehr ähnliche wie bei der Gesamtforderung. Denn auch hier sind ebensoviele Forderungen und damit ebensoviele Hypotheken vorhanden als Gläubiger. Der Unterschied liegt nur darin, daß nicht jeder Gläubiger die ganze Leistung an sich fordern kann, sondern nur an sämtliche Gläubiger gemeinschaftlich, und daß sich der Schuldner nicht dadurch befreit, daß er an einen Gläubiger allein leistet, sondern nur dadurch, daß er an alle Gläubiger gemeinschaftlich leistet, und daß die Leistung an einen Gläubiger allein bedeutungslos ist (§ 432). ... (347): Ist die durch die Hypothek zu sichernde Forderung eine Gesamthandsforderung, so soll dieses Rechtsverhältnis im Grundbuche bezeichnet werden (§ 48 GBO.). Ebenso wie hier nur eine Forderung vorhanden ist, ist auch nur eine Hypothek vorhanden. Es sind nicht etwa so viele Hypotheken da, als Gläubiger zur Gesamthandsgemeinschaft gehören. Die Frage, wer die Gesamthandsgemeinschaft nach außen vertritt, also an der Stelle steht, an der nach dem Gesetze der „Gläubiger" steht, ist nach den einzelnen Arten der Gesamthandsgemeinschaft verschieden zu beurteilen. Besondere sachenrechtliche Schwierigkeiten ergeben sich hier kaum. Ist die durch die Hypothek zu sichernde Forderung eine teilbare, so sind so viele Hypotheken vorhanden, als Teilforderungen da sind. Die Eintragung im Grundbuche kann in verschiedener Weise erfolgen. Es können für sämtliche Gläubiger selbständige Hypotheken mit gleichem Range eingetragen werden. Es kann aber auch nur eine Hypothek eingetragen werden mit dem Bemerken, daß hiervon dem einen Gläubiger ein Drittel, dem anderen zwei Drittel zustehen. Denn § 48 GBO. erlaubt, ein Recht für mehrere gemeinschaftlich in der Weise zu buchen, daß die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden. Dagegen erscheint es nicht als zulässig, die Mitgläubiger unter einer Nummer mit bestimmten Beträgen im Grundbuch einzutragen. Die Hypotheken der einzelnen Mitgläubiger sind durchaus unabhängig voneinander, und die Rechtslage ist nicht anders zu beurteilen, als wenn für

mehrere selbständige Forderungen Hypotheken mit gleichem Range eingetragen wären.

3. KGJ. **46** 229, OLG. **29** 362 (KG.). Rechtsgrundsätzlich ist daran festzuhalten, daß in der Regel eine Hypothek nicht zur Sicherung von Forderungen dienen kann, die dem Gläubiger gegen verschiedene Schuldner zustehen. Von diesem Grundsatze will jedoch das RG. und mit ihm die Rechtslehre, allerdings ohne nähere Begründung, eine Ausnahme für den Fall zulassen, daß „die mehreren Schuldner in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehen" (vgl. **RG. 75** 245; v. Staudinger, BGB. [7, 8] § 1113 Anm. I 6 g; RGRKomm., BGB. [2] § 1113 Anm. 5; Güthe, GBO. [3] Vorbem. 205; Predari, GBO. [2] 131; Arnheim, GBO. [2] 608). ... Demnach kann zur Sicherung des Anspruchs gegen mehrere Gesamtschuldner eine einheitliche ungeteilte Hypothek eingetragen werden, gleichviel ob die mehreren Grundstückseigentümer eine offene Handelsgesellschaft oder eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes bilden (§ 128 HGB., § 427 BGB.). ... Hierfür spricht, daß einerseits nach § 1113 Abs. 1 BGB. der Zweck der Hypothek die Befriedigung aus dem Grundstück ist und daß andererseits bei der Eigenart des Gesamtschuldverhältnisses die Erfüllung des Anspruchs und alle anderen Erlöschensgründe nach § 422 BGB. für und gegen alle Gesamtschuldner wirken. Der § 425 BGB. regelt die Wirkung anderer den Bestand des Anspruchs nicht notwendig unmittelbar berührender Tatsachen (über die Vereinigung von Schuld und Forderung s. KGJ. **44** 292). Gerade in dem für die Hypothek nach ihrem Wesen entscheidenden Punkte ist das Schicksal der Forderung gegen Gesamtschuldner begrifflich einheitlich gestaltet. Eine Vervielfältigung der Hypothek durch die Erfüllungshandlung eines Gesamtschuldners ist ausgeschlossen.

4. **RG.** WarnE. **14** 415, GruchotsBeitr. **58** 829. Nach § 1113 BGB. kann eine Hypothek nur zur Sicherung einer Forderung auf Geldzahlung bestellt werden (vgl. **RG.** JW. **12** 351 Nr. 16).

5. *Mendel, DNotV. **14** 289 ff. Die Abrede, wonach ein von seiner verheirateten Tochter beerbter Darlehnsschuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Grundstück unbedingt, in sein sonstiges Vermögen nur für den Fall der fruchtlosen Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterwirft, ist gültig und stellt einen Anwendungsfall des beneficium excussionis realis dar. Da diese Abmachung nur das persönliche Schuldverhältnis privilegiert, so hat bei der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung die Klausel nur, soweit sie gegen die Ehefrau erteilt wird, diese Abrede zum Ausdrucke zu bringen; bei der allgemeinen Gütergemeinschaft kann jedoch die Vollstreckungsklausel, auf Grund deren die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut betrieben wird, nur gegen beide Eheleute in der erwähnten Einschränkung erteilt werden.

IV. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke 127. Die Bedingung (und der Endtermin) kann auch dem dinglichen Rechte allein zugefügt sein. In diesem Falle äußert sich die sog. dingliche, d. h. unmittelbare Wirkung des Eintritts der Bedingung in Beziehung auf das hypothekarische Recht, indem dieses erlischt. Eine Eigentümergrundschuld entsteht hier nicht. ... Zu weit geht Wolff, wenn er S. 459 (ebenso Fischer-Schäfer, Anm. 2 zu § 48 ZVG.) die Hypothek für eine bedingte Forderung als „unbedingte Grundstücksbelastung, die freilich nur unter einer Bedingung den Charakter der Hypothek hat", kennzeichnet. Denn ob es je zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld kommt, ist bei der Möglichkeit einer Zwangsversteigerung (oder -verwaltung) völlig ungewiß. Auch die Hypothek für eine auflösend bedingte Forderung ist eine bedingte Hypothek (s. Wolff aaO.), die sich nur durch die Rechtsfolgen des Bedingungseintritts für den Eigentümer von der Hypothek unterscheidet, bei der die Bedingung dem dinglichen Rechte selbst zu-

gefügt ist. Deshalb müssen beide gleichermaßen als „bedingte Rechte" im Sinne der §§ 48, 50 ZVG. aufgefaßt werden.

2. Kretzschmar, ZBlFG. **15** 37. Erst wenn das Nichtentstehen der Forderung endgültig feststeht, liegt der im § 1163 Abs. 1 Satz 1 bestimmte Tatbestand vor und „ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt"; erst mit diesem Zeitpunkte geht die für eine künftige Forderung bestellte Hypothek als Grundschuld auf den Besteller über. Solange das Nichtentstehen der Forderung nicht endgültig feststeht, fehlt es an der im § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmten Voraussetzung für den Erwerb der Hypothek seitens des Bestellers. Insbesondere steht die Hypothek bis zur Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung dem Eigentümer auch nicht als auflösend bedingte Grundschuld zu, wie das RG. meint, sondern es ist nur, ebenso wie bei jeder anderen Hypothek, die Möglichkeit gegeben, daß die Hypothek einmal, sei es gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB., sei es gemäß Satz 2 das. zur Eigentümergrundschuld wird. Wenn daher der Gläubiger auch, solange die Forderung nicht entstanden ist, nicht Befriedigung aus dem Grundstücke verlangen kann, so stehen ihm doch die Ansprüche aus §§ 1134, 1135 BGB. zu. . . . Hieraus ergibt sich aber zwingend, daß die Hypothek nicht daneben noch dem Eigentümer als Grundschuld zustehen kann, auch nicht als auflösend bedingte. Das ist der Grund, weshalb eine Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer unterbleiben muß, solange nicht das Nichtentstehen der Forderung endgültig feststeht; bestünde, wie das RG. annimmt, zunächst eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld, so wäre das Grundbuch unrichtig, und diese Unrichtigkeit müßte auch durch die entsprechende Berichtigung des Grundbuchs beseitigt werden können (§ 894 BGB.).

V. Einzelfragen. 1. Ricks, DNotV. **14** 408. Eintragung von Hypotheken an bestimmter Stelle.

2. Nußbaum, RuW. **14** 216. Über den Einfluß des Krieges auf die Lage der großstädtischen Hypothekenschuldner.

3. Krüger, FischersZ. **43** 287. Über die Zulässigkeit hypothekarischer Sicherstellung öffentlich-rechtlicher Anliegerleistungen.

§ 1114. BraunschwZ. **14** 97 (Verf. d. LGPräsidenten Braunschweig). Die grundbuchmäßige Behandlung der Belastung von Höfen, die im Mitbesitz- und Mitgenußrecht des Aufkömmlinges oder in gemeinsamer Were stehen.

§ 1115. I. Der Gläubiger. BayObLG. **14** 442, ZBlFG. **14** 462 (BayObLG.). Soll für eine zum Nachlaßkonkurse gehörende vollstreckungsreife Forderung während des Konkurses über den Nachlaß des Gläubigers auf Antrag des Konkursverwalters an Grundstücken des Schuldners eine Sicherungshypothek eingetragen werden, so ist im Grundbuche nicht der Konkursverwalter oder die Konkursmasse oder die Konkursgläubigerschaft, sondern der Erbe als Gläubiger der Hypothek zu bezeichnen und dabei die Tatsache der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu vermerken; ist der Erbe noch nicht ermittelt und kann er daher im Grundbuche nicht namentlich bezeichnet werden, so ist nach § 262 der Dienstanweisung für die Grundbuchämter zu verfahren.

II. Der Zinssatz. 1. **a)** KGJ. **45** 257 (KG.). Ein Zinsrecht der Kinder bezüglich einer für sie vom Vater an seinem Grundstücke bestellten Darlehnshypothek kann nur insoweit begründet und eingetragen werden, als die Forderung der Kinder der Nutznießung des Vaters nicht unterliegt. **b)** Fröhlich, DNotV. **14** 679. Um die Eintragung einer verzinslichen Darlehnshypothek des Kindes am Grundstücke des Vaters zu ermöglichen, ist in den Eintragungsvermerk der Zusatz aufzunehmen: „unbeschadet des elterlichen Verwaltungs- und Nießbrauchsrechts".

2. KGJ. **46** 233, OLG. **29** 356 (KG.). Da die Abtretung einer Forderung den Übergang des Zinsrechts nicht notwendig zur Folge hat, der bisherige Gläubiger sich vielmehr den Zinsgenuß vorbehalten kann, so kann das Grundbuchamt (s. Beschl. vom 23. Mai 1910, KGJ. **40** 273) eine zweifelsfreie Erklärung darüber verlangen, ob das Zinsrecht mit der Forderung abgetreten oder für den bisherigen Gläubiger vorbehalten ist. An diesem auch schon im Beschl. vom 28. November 1904, KGJ. **29** A 179 (185) ausgesprochenen Grundsatz ist festzuhalten. . . . Die Zinsforderung ist rechtlich abhängig von dem Bestande der Hauptforderung; sie bleibt auch dann von ihr abhängig, wenn sie — was rechtlich möglich ist — einem anderen Gläubiger zusteht als die Hauptforderung. Auch in diesem Falle erlischt das Zinsrecht, wenn das Hauptrecht erlischt (vgl. KGJ. **42** 268 [270], **RG. 74** 78 [81]). . . . Es ist daher begrifflich ausgeschlossen, daß der Gläubiger sich für den Fall der Tilgung der Hauptforderung die Fortzahlung der Zinsen, für den Fall teilweiser Tilgung der Hauptforderung die Fortzahlung der Zinsen für den getilgten Teil der Hauptforderung ausbedingt. . . . Dagegen kann vereinbart werden, daß das dingliche Zinsrecht durch die Tilgung der Forderung auflösend bedingt ist. Die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung ist nicht zu bezweifeln. Für das heutige Recht ist es wohl kaum noch bestritten, daß eine Hypothek aufschiebend oder auflösend bedingt bestellt werden kann (vgl. **RG. 70** 245; PosMSchr. **04** 126, KGJ. **33** A 238, **28** A 141 [KG.]; Turnau-Förster, LiegR. [3] I § 1113 BGB. Anm. 7; v. Staudinger, BGB. [7, 8] § 1163 Anm. 5 bb; Güthe, GBO. [3] 205, 571). Diese Möglichkeit bestand auch unter der Herrschaft der preuß. Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 (vgl. Turnau, PrGBO. [5] I 388 Anm. 13). Es wird auch anerkannt, daß hierdurch die Entstehung von Eigentümergrundschulden verhindert werden kann (v. Staudinger aaO. § 1163 Anm. I 4; Planck, BGB. [3] § 1163 Anm. 6; RGRKomm., BGB. [2] § 1177 Anm. 3 aE.). Was aber für die Hypothek überhaupt gilt, muß auch für ihre Verzinslichkeit gelten. Auch sie kann auflösend bedingt sein. Daraus folgt, daß in einem solchen Falle der die Forderung durch Amortisation tilgende Grundstückseigentümer den amortisierten Teil der Hypothek zwar nach allgemeinen Grundsätzen als Eigentümergrundschuld erwirbt (**RG. 54** 88; KGJ. **24** A 246; Predari, GBO. [2] 167; Oberneck, GBR. [4] II 243 f.; Turnau-Förster aaO. I 965 f.; Güthe aaO. 1625), jedoch als unverzinsliche Eigentümergrundschuld, da durch die Tilgung der Forderung hinsichtlich des auf ihn als Eigentümergrundschuld übergegangenen Teiles der Hypothek die für das Erlöschen des Zinsrechts gesetzte auflösende Bedingung eingetreten ist.

III. Zahlungsbedingungen. 1. HessRspr. **14** 296 (LG. Gießen). Nachdem die das beiderseitige Kündigungsrecht betreffende Vereinbarung eingetragen worden war, bedurfte auch das dem Gläubiger beim Eintritte gewisser Bedingungen zustehende vorzeitige Kündigungsrecht der Eintragung im Grundbuche, da der Leser des Grundbuchs regelmäßig die Bestimmungen über die Kündigung als durch jene Eintragung vollständig gewahrt ansehen und nicht wegen des Vermerkes: „Sonstige Vereinbarungen nach Inhalt der Eintragungsbewilligung" in dieser nach weiteren, die Kündigung betreffenden Bestimmungen suchen wird. Diese Bestimmungen müssen daher, um Schädigungen Beteiligter zu vermeiden, entweder vollständig im Grundbuch eingetragen oder im ganzen durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gewahrt werden.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 931. Eine sogen. Verfallklausel, wonach das Kapital einer hypothekarisch gesicherten Forderung bei nicht innerhalb einer bestimmten Frist erfolgenden Zinszahlung ohne weiteres zahlbar wird, kann nicht als Vertragsstrafe betrachtet werden.

IV. Der Schuldgrund. 1. **RG.** JW. **14** 829, GruchotsBeitr. **58** 1033, BayRpflZ. **14** 301. Das BGB. hat sich bei der Regelung des Grundbuchrechts

im allgemeinen dem früheren preußischen Rechte, den Grundbuchgesetzen vom 5. Mai 1872, angeschlossen. Es hat damit übereinstimmend (§§ 23, 19 Abs. 1 Grundeigentums G., § 43 GBO.) im § 1115 Abs. 1 BGB. die notwendigen, in das Grundbuch zu übernehmenden Merkmale der Forderung bezeichnet und in Beziehung auf die hier in Rede stehenden Merkmale (Schuldner und Schuldgrund) das preußische Recht sogar gemildert, indem es in dieser Beziehung die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gestattet hat. Auch hat es dem im preußischen Rechte nur ausnahmsweise zugelassenen abstrakten Schuldversprechen (vgl. **RG. 39** 202) in den §§ 780, 781 BGB. allgemeine Geltung verschafft. Der Berufungsrichter hätte daher vor allem auf die Rechtsentwicklung und Rechtsprechung des früheren preußischen Rechtes eingehen, auch prüfen müssen, ob nicht die Bewilligung, wenn sie keine genaue Angabe des Schuldgrundes enthielt, nicht ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 oder ein abstraktes Versprechen im Sinne des § 780 BGB. enthielt. . . . Daß abstrakte Verbindlichkeiten als Grundlage für eine Hypothek genügen, ist selbstverständlich und z. B. vom preuß. KG. stets angenommen worden (KGJ. **22** A 307, **26** A 139, **35** A 279, 283). Im übrigen ist, auch wenn man von der abstrakten Verbindlichkeit absieht, im früheren preußischen Rechte die ungenaue, ja selbst die *unrichtige Bezeichnung des Schuldgrundes oder des Schuldners* niemals als Nichtigkeitsgrund betrachtet worden. Der ständigen Rechtsprechung des PrObTrib. hat sich in dieser Beziehung die ebenso ständige Rechtsprechung des RG. angeschlossen (**RG. 45** 176, GruchotsBeitr. **27** 945, **31** 1048, **34** 470, JW. **98** 36 Nr. 91, 272 Nr. 42, **02** 421 Nr. 14, **03** 162 Nr. 32). Das Berufungsgericht meint zwar, es sei ein Unterschied zwischen einer unrichtigen und einer überhaupt nicht vorhandenen Angabe des Schuldgrundes und des Schuldners. Es verwechselt aber hierbei die Forderung, die allerdings vorhanden und bezeichnet sein muß, mit den einzelnen dieser Bezeichnung dienenden Merkmalen. Die Angabe des Schuldners und des Schuldgrundes in der Eintragungsbewilligung hat nur die Bedeutung der näheren Bezeichnung und Bestimmung (Identifizierung) der Forderung (Mot. zu § 1064 d. Entw. eines BGB. III 643), weil die anderen Merkmale der Forderung, die nach § 1115 BGB. in das Grundbuch übernommen werden müssen und auch im vorliegenden Falle übernommen worden sind, dazu in der Regel nicht ausreichen. Dabei aber handelt es sich eben nur um eine Regel, nicht um eine unverbrüchliche Norm, die keine Ausnahmen duldet. Denn es läßt sich sehr wohl denken, daß eine Forderung auch ohne Angabe des Schuldgrundes in anderer Weise, z. B. durch bestimmte Zeitangaben oder Tatsachen, ganz genau bezeichnet wird.

2. **a**) SchlHolstAnz. **14** 239 (KG.). Eine Hypothekeneintragung muß ausdrücklich die Bezeichnung Hypothek oder die Angabe des Schuldgrundes im Grundbuch enthalten. Bezugnahme genügt nicht. **b**) Dagegen JMBl. **14** 776 (Gutachten d. KG.). Hypothekeneintragungen, in denen sich weder eine ausdrückliche Bezeichnung des Rechtes als Hypothek noch eine ausdrückliche Angabe des Schuldgrundes findet, entsprechen nicht dem Gesetze. Dieser Verstoß führt zwar zur Nichtigkeit, wenn der Zweifel, ob es sich um eine Hypothek oder um eine Grundschuld handelt, nicht aus einer durch Bezugnahme zum Bestandteile der Eintragung gemachten Eintragungsbewilligung gelöst werden kann. Er macht jedoch die Eintragung dann *nicht ungültig*, wenn aus der Eintragung in Verbindung mit der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung zweifelsfrei zu erkennen ist, ob eine Hypothek oder eine Grundschuld vorliegt.

3. *Lübbe*, SchlHolstAnz. **14** 249. Eine Hypothekeneintragung braucht *nicht* ausdrücklich die Bezeichnung Hypothek oder die Angabe des Schuldgrundes im Grundbuche zu enthalten. Eine ohne eine solche Bezeichnung erfolgte Eintragung ist . . . eine gültige Belastung des Grundstücks, sei diese nun Hypothek oder Grundschuld. . . . Formalistisch ist auch die Ansicht, daß eine Ergänzung der Eintragung ungehörig

sei. Natürlich könnte sich, wenn man dem KG. folgt, der Rang nur nach der Ergänzung bestimmen, im übrigen liegt kein Grund vor, wenn nicht im einzelnen Falle die Übersichtlichkeit des Grundbuchs leidet, die bisherige Eintragung wenigstens als Schreibwerk zu benutzen.

4. SchlHolstAnz. **14** 171 (LG. Kiel). Es ist für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs von entscheidender Bedeutung, ob das dingliche Recht des Gläubigers von dem Bestehen einer persönlichen Forderung abhängig ist oder nicht. Wenn für einen Dritten in der Abteilung III des Grundbuchs ein Recht eingetragen wird, ist daher stets zum Ausdrucke zu bringen, ob eine Hypothek oder eine Grundschuld vorliegt.

V. Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Biermann, ABürgR. **40** 318. (320): Bestellt ein einzelner Gesamtschuldner zur Sicherung der gegen sämtliche Gesamtschuldner bestehenden Forderungen an seinem Grundstück eine Hypothek, so genügt es, wenn im Grundbuche selber nur der Geldbetrag der Forderung angegeben wird. Daß die Hypothek eine Gesamtschuld sichern soll, braucht sich dagegen nur aus der Eintragungsbewilligung, auf die im Grundbuche Bezug zu nehmen ist, zu ergeben.

VI. Die Amortisationshypothek. 1. PosMSchr. **14** 5 (Posen). Als wesentlicher Bestandteil ist das durch die Amortisationsbeiträge angesammelte Guthaben allerdings durch das BGB. nicht bezeichnet, so daß vom Standpunkte des BGB. aus nichts entgegenstehen würde, das Guthaben durch rechtsgeschäftliche Verfügungen anderen rechtlichen Schicksalen zu unterwerfen als das Grundstück. Gleichwohl ist dem Eigentümer durch die eine objektive Rechtsnorm enthaltende Vorschrift des Statuts der Westpr. Landschaft jede Verfügung über das Tilgungsguthaben, durch die es vom Grundstücke getrennt würde, unmöglich gemacht. Im § 30 des Statuts ist bestimmt, daß weder dieses Guthaben ohne das Grundstück abgetreten noch sonst darüber vom Besitzer verfügt werden könne. Bei einer Veräußerung des Grundstücks könnte sich daher der Eigentümer das Amortisationsguthaben nicht vorbehalten. Es stände ihm vielmehr nur frei, sein Recht auf spätere Verwendung des Guthabens zur Tilgung der Darlehnsschuld dadurch zur Geltung zu bringen, daß er den Kaufpreis um einen der Höhe des Tilgungsguthabens entsprechenden Betrag erhöht (**RG. 74** 101).

2. Bendixen, BankA. **14** 213. Die Amortisationshypothek hat im städtischen Realkreditverkehr keine Stätte. Sie steht im Widerspruche mit der Veränderlichkeit städtischer Grundwerte, paßt nicht zu der Bildungsstufe des Hausbesitzers, der eines patriarchalischen Erziehungsmittels zur Sparsamkeit nicht bedarf, und entspricht nicht dem berechtigten Eigeninteresse der Hypothekenbanken, die sich des Rechtes nie begeben sollten, ihre Hypotheken von zehn zu zehn Jahren auf ihre Sicherheit zu prüfen und nötigenfalls zu kündigen.

3. a) **RG** R. **14** Nr. 2258. Hat sich der Schuldübernehmer einer hypothekarisch gesicherten Pfandbriefschuld, der für ein seinem Vorgänger gegebenes Zuschußdarlehen dinglich nicht haftet, urkundlich der Satzung der Pfandbriefanstalt unterworfen, wonach die völlige Abtragung des Darlehens nur erfolgen darf, sofern auch das Zuschußdarlehen nebst Zinsen zurückgezahlt wird, so kann er, falls er das Darlehn gezahlt hat, es nicht aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern. **b)** SchlHolstAnz. **14** 28 (Kiel). Das Verhältnis des zu einem Pfandbriefdarlehen gewährten Zuschußdarlehens zu jenem ist derart, daß ohne besondere Hypothekbestellung für das letztere das Grundstück dafür nicht haftet. Wenn die Rückzahlung des Pfandbriefdarlehens nur bei gleichzeitiger Tilgung des Zuschußdarlehens zulässig ist, so kann der Erwerber des Grundstücks, der, ohne die persönliche Schuld für das Zuschußdarlehen übernommen zu haben,

dieses bezahlt hat, nur unter Wiedereintragung der Pfandbriefschuld die Rückzahlung des nicht geschuldeten Zuschußdarlehens verlangen.

§ 1119. 1. BayObLG. **14** 499 (BayObLG.). Die Erhöhung des Zinssatzes für eine auf einem Gesamtgutsgrundstücke lastende Hypothek bedarf als Verfügung über das Grundstück der Zustimmung der Frau oder der anteilsberechtigten Abkömmlinge; dagegen enthält die nach § 800 ZPO. erfolgte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung für eine auf einem Gesamtgutsgrundstücke lastende Hypothekenforderung keine Verfügung über das Grundstück und bedarf daher jener Zustimmung nicht.

2. KGJ. **45** 260, OLG. **29** 205 (KG.). Bei einer Erhöhung des Umfanges der hypothekarischen Belastung durch höheren Zinssatz und Nebenleistungen bedarf es im Falle der Erstreckung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auf diese der erneuten Aufnahme einer Unterwerfungsurkunde und der Eintragung des Unterwerfungsvermerkes aus dieser in das Grundbuch. . . . Wenn in der Entsch. vom 30. Dezember 1911 (KGJ. **42** 261) für den Fall einer Abänderung der Zahlungsbedingungen ausgeführt ist, daß der alte und der neue Vermerk zusammen zu lesen seien und deshalb die Unterwerfung auch für die neuen Bedingungen als eingetragen gelten müsse, so ist dieser Gesichtspunkt auf den vorliegenden Fall nicht auszudehnen, weil bei einer Erweiterung der Grundstückshaftung die neue Eintragung gegenüber der alten größere Selbständigkeit hat als in jenem Falle.

§ 1120. OLG. **29** 359 (KG.). Der Eigentümer kann sich der dinglichen Haftung nicht durch eine einseitige Handlung, insbesondere nicht dadurch entledigen, daß er das Grundstück oder einen Teil der selbständigen Berechtigung entwertet, mag er dabei aus wirtschaftlichen Gründen handeln oder nicht. Wenn sogar (**RG. 55** 416) ein Zubehörstück nicht durch die Zwangsversteigerung unter Trennung des Zubehörstücks vom Grundstück enthaftet wird, obgleich es in diesem Falle sogar aufgehört hat, Zubehör zu sein, so kann ein Zubehörstück noch weniger infolge der bloßen Entwertung des Grundstücks von der dinglichen Haftung befreit werden.

§ 1121. OLG. **29** 358 (Nürnberg). Durch die Wegnahme eingefügter Fensterflügel wird das Hypothekrecht des Klägers verletzt. Geschieht sie mit Zustimmung des Eigentümers, so werden die Fensterflügel nach § 1121 allerdings von der dinglichen Haftung für die Hypothek frei, da in dieser Wegnahme eine Veräußerung durch Rückübertragung des Eigentums auf den Beklagten lag. Indessen trifft § 1121 nur die dingliche Seite und läßt die Frage unberührt, ob der in der Veräußerung und Entfernung der Bestandteile liegende Eingriff widerrechtlich und schuldhaft ist (vgl. **RG. 73** 333).

§ 1122. SchlHolstAnz. **14** 120 (Kiel). Der Zweck der Vorschrift des § 1122 Abs. 2 BGB. ist der einer weitgehenden Sicherung der Hypothekengläubiger gegen unwirtschaftliche Maßnahmen des Schuldners. Insbesondere können solche Maßnahmen des Schuldners die Haftung nicht beseitigen, die ihren Grund nicht in den Rücksichten auf ordnungsmäßigen Wirtschaftsbetrieb, sondern in der wirtschaftlichen Not des Schuldners haben.

§§ 1123 ff. 1. Sittarz, Die Rechte der Hypothekengläubiger an den Mietzinsen.

2. **RG.** BayNotZ. **15** 342, JW. **14** 761, GruchotsBeitr. **58** 1031. Der Hypothekengläubiger hat kraft Gesetzes einen allgemeinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück und auch aus den als Entgelt für dessen Gebrauch erwachsenden Mietzinsforderungen (§§ 1113, 1123 Abs. 1 BGB.). Dieser Anspruch ist nach §§ 1123 Abs. 2, 1124, 1125 BGB. insofern eingeschränkt, als er Verfügungen des Eigentümers über die Mietzinsen sowie den Zugriff Dritter auf sie nicht unbedingt aus-

schließt. Erst durch die Beschlagnahme des Grundstücks zum Zwecke der Zwangsverwaltung, aber auch durch die Pfändung der Mietzinsforderungen, wenn sie auf Grund dinglichen Vollstreckungstitels erfolgt, erlangt der Hypothekengläubiger den festen und endgültigen Zugriff auf die Mietzinsforderungen, soweit nicht schon eine Verfügung über den Mietzins vorliegt, die sich auf das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und nachfolgende Kalendervierteljahr bezieht, oder der Mietzins überhaupt schon frei geworden ist.

§ 1123. 1. **RG.** WarnE. **14** 224. Das Hypothekenrecht erstreckt sich nach § 1123 Abs. 1 BGB. auch auf die Mietzinsforderungen, und nach § 1047 daselbst ist der Nießbraucher gesetzlich dem Eigentümer verpflichtet, für die Dauer des Nießbrauchs die auf dem Grundstücke ruhenden öffentlichen und privatrechtlichen Lasten, insbesondere auch die fälligen Hypothekenzinsen, zu decken. Sachlich kann es keinen Unterschied machen, ob die Einziehung und Verteilung der Mieten und sonstigen aus den Grundstücken fließenden Einkünfte im Wege einer ordnungsmäßigen Verwaltung durch den Eigentümer oder einen gerichtlich bestellten Verwalter oder den Nießbrauchsberechtigten erfolgt. Zwar liegt für die persönlichen Gläubiger tatsächlich die Möglichkeit vor, durch einen schnellen Zugriff auf die nächstfälligen Mieten im Wege der Zwangsvollstreckung den Hypothekengläubigern nach §§ 1123 Abs. 2 und 1124 Abs. 2 BGB. zuvorzukommen, solange die Beschlagnahme zugunsten der Hypothekengläubiger nicht erfolgt ist. Die persönlichen Gläubiger haben aber keinen Anspruch darauf, daß auf diese bloße Möglichkeit Rücksicht genommen werde, und sie sind daher auch nicht im gesetzlichen Sinne benachteiligt, wenn etwa bei der Einräumung des Nießbrauchs die Absicht obgewaltet haben sollte, einen solchen, das Recht der Hypothekengläubiger zurückdrängenden Zugriff zu verhindern (**RG.** GruchotsBeitr. **51** 1107 und Urt. vom 24. September 1911, VII. 189/12). Gegen diese auf der ständigen Rechtsprechung des RG. beruhenden Grundsätze erhebt der Berufungsrichter Bedenken — denen er freilich schließlich nicht folgt — dahin: Solange eine Beschlagnahme nicht erfolgt sei, ginge die gesetzliche Reihenfolge der Gläubiger dahin, daß der pfändende persönliche Gläubiger dem Hypothekengläubiger vorgehe. In diesem Sinne kann man aber von einer gesetzlichen Reihenfolge hinsichtlich des Anspruchs auf Befriedigung nicht sprechen, wenn demjenigen, für den ein wohlerworbenes Recht auf Befriedigung bereits besteht, ein anderer gegenübersteht, dem ein Recht nicht zusteht, für den aber das objektive Recht ausnahmsweise die tatsächliche Möglichkeit schafft, mit Rechtswirkung in beschränkter Weise Vermögensstücke des Schuldners erst dann in Anspruch zu nehmen, wenn die Hypothekengläubiger von dem Rechte auf Beschlagnahme keinen Gebrauch gemacht haben. Gelingt es dem persönlichen Gläubiger, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, bevor der dinglich berechtigte Gläubiger sichernde Maßnahmen getroffen hat, so hat er auch das Vorrecht. Er hat aber keinen Anspruch auf vorrechtliche Befriedigung, wenn der dingliche Gläubiger, wie hier, vor der Pfändung durch den persönlichen Gläubiger sich zum Schutze seines dinglichen Rechtes einen im Erfolge der Zwangsverwaltung gleichkommenden Nießbrauch hat bestellen lassen.

2. OLG. **29** 245 (München). Das Hypothekenrecht erstreckt sich gemäß § 1123 BGB. auf die Mietforderungen; diese werden dadurch immobilisiert. Daß der Hypothekar sein dingliches Recht auf die Mietforderungen außerhalb des Konkurses durch gewöhnliche (Forderungs-)Pfändung mit der Wirkung einer förmlichen Beschlagnahme im Sinne des § 1124 BGB., d. i. mit der Wirkung einer Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsverwaltung verfolgen kann, wird jetzt allgemein anerkannt (**RG. 76** 118, JW. **13** 330). Der § 14 KO. mit seinem Verbote der Sondervollstreckung bezieht sich nur auf Konkursgläubiger, findet auf Absonderungsberechtigte keine Anwendung; die Rechte der letzteren werden durch die Konkurseröffnung nicht berührt, auch nicht etwa in dem Sinne, daß für sie eine

besondere Konkursmasse gebildet würde (Jäger, KO. § 4 Anm. 9, Stein IV 3 vor § 704). Es liegt daher kein Grund vor, dem Realgläubiger Rechte, die er außerhalb des Konkurses besaß, im Konkurse trotz seines Absonderungsrechts abzusprechen, und deshalb muß er befugt sein, auch im Konkurse seines Schuldners gegen den Konkursverwalter sich die Mietzinsforderungen mittels Pfändung zu sichern. So auch Jäger § 14 Anm. 10, Stein, ZPO. § 865 III und Anm. vor § 704 Note 86. Anders allerdings OLG. **10** 419, **15** 285, sowie anscheinend **RG.** **52** 138.

3. OLG. **29** 246 (KG.). Das Verbot des § 14 KO. trifft nicht diejenigen Gläubiger, die bei Konkursbeginn Absonderungsansprüche haben. Zu diesen aber gehören in Ansehung der Mietzinsen die Hypothekengläubiger gemäß § 1123 Abs. 1 BGB. Die Haftung der Mietzinsen für die Hypothek beginnt mit der Hypotheteintragung, nicht erst mit der Beschlagnahme. Die Mietzinsen gehören demnach im Sinne des § 47 KO. zu den Gegenständen, die der Immobiliarvollstreckung unterliegen.

§ 1124. I. Die Abtretung des Mietzinses. **RG.** **84** 200. Die Abtretung der Mietforderung aus einem Grundstücke, dessen Beschlagnahme vom Beschwerdegericht aufgehoben war, ist wirksam, auch wenn auf weitere Beschwerde der Beschlagnahmebeschluß des Vollstreckungsgerichts wiederhergestellt wird.

II. Die Bestellung des Nießbrauchs am Grundstücke. 1. **RG.** JW. **14** 761, GruchotsBeitr. **58** 1031. Die Nießbrauchsbestellung stellt eine Verfügung über die Mietzinsforderungen im Sinne des § 1124 nicht dar, sondern nur eine Verfügung über das Grundstück selbst. An diesen vom RG. in den Urt. **RG.** **81** 147 und **68** 10 ausgesprochenen Grundsätzen ist festzuhalten. Der Beklagte hat hiernach, da die von ihm erwirkte Pfändung auf Grund eines dinglichen Vollstreckungstitels erfolgt ist, ein gesetzliches Recht auf Befriedigung aus den gepfändeten Mietzinsen wegen seiner dinglichen Forderung. Andererseits steht auch der Klägerin als Nießbraucherin nach § 1030 BGB. ein dingliches Recht auf die Nutzungen des Grundstücks, also auch auf die Mietzinsen zu. Es besteht also zwischen den Rechten der Parteien auf die Mietzinsen ein Widerstreit. Er ist nach §§ 879, 880 BGB. dahin zu lösen, daß das unter Angabe eines früheren Tages im Grundbuch eingetragene Recht den Vorrang hat. . . . Der Nießbrauch mag wirtschaftlich zur mehreren Sicherheit der Hypothekenforderungen der Klägerin bestimmt gewesen sein; er ist aber rechtlich ein besonderes, selbständiges, seine Kraft Dritten gegenüber nur aus seiner Eintragung ziehendes Recht, das an dem Range der Hypotheken, zu deren Sicherheit es bestellt ist, nicht teilnimmt. Es ist daher für die Entscheidung ohne Bedeutung, daß jene Hypotheken der Klägerin der Hypothek der Beklagten im Range vorgehen.

2. **RG.** JW. **14** 679. In der Bestellung eines Nießbrauchs liegt keine Vorausverfügung über die Mieten. Die Beschlagnahme kann nicht durch rechtsgeschäftliche Bestellung eines Nießbrauchs ersetzt werden.

III. Die Pfändung des Mietzinses. 1. Jäger, LeipzZ. **14** 552. Der Pfändung des Mietzinses einer zum Nachlasse gehörenden Liegenschaft in der Zeit zwischen Erbfall und Eröffnung des Nachlaßkonkurses versagt der § 221 KO. die Wirksamkeit schon gegenüber der Konkursmasse, also schon zugunsten der Gemeinschaft der persönlichen Gläubiger. Nun geht aber das Recht des Hypothekengläubigers auf Vorzugsbefriedigung aus den Zinserträgnissen des hypothekbelasteten Miethauses, wie es ihm kraft der Beschlagnahme zur Zwangsverwaltung nach Maßgabe des § 1123 BGB. mit § 148 ZVG. zusteht, als Absonderungsrecht den Konkursforderungen vor. So verdrängt, was den Mietzins betrifft, die Konkursmasse den Pfändungspfandgläubiger, der Hypothekengläubiger aber die Konkursmasse. Die Rangfolge ist die: Hypothekengläubiger, Konkursmasse, Pfändungs-

pfandgläubiger. Solange der Hypothekengläubiger die Beschlagnahme des Mietzinses unterläßt, gebührt der Zins — nach § 1123 Abs. 2 BGB. der hypothekarischen Haftung entledigt — den Konkursgläubigern, nicht aber dem Pfändungspfandgläubiger. Die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers entzieht also der Konkursmasse, nicht dem Pfändungspfandgläubiger eine Anwartschaft. Auf den § 1124 BGB., der sonst für Zwangsverfügungen auf Grund einer Pfändung maßgebend ist, kommt es also in unserem Falle überhaupt nicht an. Der Hypothekengläubiger hat kraft einer Zinsbeschlagnahme abgesonderte Befriedigung aus den Mietzinsansprüchen, also aus Gegenständen der Konkursmasse zu beanspruchen (§§ 4, 13, 47 KO. mit § 10 Nr. 4 ZVG.). Dieser Masse gegenüber ist aber die in der Pfändung liegende Zwangsverfügung nach § 221 KO. gar nicht wirksam. Darum kann weder der Pfändungspfandgläubiger noch der Konkursverwalter unter Berufung auf einen Gegenschluß aus § 1124 Abs. 2 BGB. den Zins für das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr gegenüber dem Hypothekengläubiger in Anspruch nehmen.

2. Rockstroh, BuschsZ. **44** 471. (475): Der Gläubiger, der gepfändet hat, kann in seiner Rechtsstellung eine Änderung auch nicht dadurch bewirken, daß er sich die Forderung an Zahlungs Statt überweisen läßt. Es erscheint unzulässig, daß noch nach der Beschlagnahme, durch die die Zinsen für die Hypothekengläubiger festgelegt sind, eine Überweisung an Zahlungs Statt, durch die das Recht der Hypothekengläubiger geschmälert werden würde, erfolgen kann. Sollte nach erfolgter Einziehung der Mieten durch den Verwalter eine Überweisung an Zahlungs Statt erfolgt sein, so würden die Mieter, da die Forderung nicht mehr besteht, also auch nicht mehr überwiesen werden kann, trotzdem nochmals zur Zahlung nicht verpflichtet sein.

§ 1127. Kisch, LeipzZ. **13** 30. (31): Der Erlaß der Forderung durch den Versicherten ist unzweifelhaft an die Zustimmung des Hypothekengläubigers gebunden (§ 1276 BGB.), mag er sich nun beziehen auf die durch den eingetretenen Versicherungsfall bereits aktuell gewordene fällige Versicherungsforderung oder aber schon auf die aus dem Versicherungsvertrag erwachsene, von dem noch ungewissen Eintritte des Versicherungsfalls abhängige, in diesem Sinne bedingte Forderung. . . . (32): Das gleiche gilt von der vom Versicherten vorgenommenen Aufrechnung einer eigenen Schuld an den Versicherer mit der Versicherungsforderung gegen diesen, mag nun hierdurch diese Forderung in ihrem ganzen Betrag oder auch nur zum Teil getilgt werden. Weitere unzweifelhaft hierher gehörige Beispiele werden gebildet durch jede die Stellung des Schuldners (Versicherers) verbessernde Veränderung der Zahlungsbedingungen (z. B. nach Zeit, Ort, Zahlungsmitteln usw.), insbesondere die Stundung der Forderung, nicht minder die Vereinbarung, daß eine andere Leistung an Zahlungs Statt bewirkt werden darf. Ja, sogar solche Rechtsakte werden hierher zu rechnen sein, welche die Versicherungsforderung selbst oder doch ihre Geltendmachung nur mittelbar beeinträchtigen. Ein Fall dieser Art wäre etwa die Begründung von Gegenrechten oder Einrederechten des Versicherers gegen die Zahlungspflicht oder das Anerkenntnis, daß er durch irgendeinen Umstand von der Zahlungsverbindlichkeit befreit oder zur Weigerung der Leistung berechtigt ist. Alle diese Handlungen setzen mithin, um wirksam zu sein, die Zustimmung des Hypothekengläubigers voraus. Gleiches wird wohl zu gelten haben für den Akt, durch welchen der Versicherte eine offenbar zu niedrige Festsetzung des Schadens durch die Schiedsmänner anerkennt. . . . (33): Unzweifelhaft nicht unter § 1276 BGB. zu rechnen sind alle Willensakte, durch die der Versicherer die Versicherungsforderung selbst zur Tilgung bringt, etwa indem er in einem hierfür geeigneten Falle eine eigene Gegenforderung mit der

des Versicherten aufrechnet. Gleiches gilt von Willenserklärungen, durch die er das Versicherungsverhältnis im ganzen aufhebt, z. B. einer Kündigung, einem Rücktritte. . . . (34); sowie alle diejenigen Rechtsgeschäfte, durch welche (mittelbar) die Rechtsstellung des Hypothekengläubigers verbessert wird, z. B. eine Verlängerung der Vertragsdauer, eine Erhöhung der Versicherungssumme, eine Erweiterung des Kreises der gedeckten Gefahren, ein Verzicht auf Rücktritts-, Kündigungs- oder sonstige Aufhebungsmöglichkeiten, die dem Versicherten zustehen. Hier braucht also nicht weiter untersucht zu werden, inwiefern diese Akte (was für die meisten zu verneinen sein dürfte) unter den Begriff einer Verfügung über die Versicherungsforderung gebracht werden können. Des weiteren sind einer Zustimmung des Hypothekengläubigers nicht bedürftig solche Rechtsgeschäfte, welche seine Rechtsstellung zwar nicht verbessern, aber auch nicht beeinträchtigen. In diesem Zusammenhang ist die Abtretung der Versicherungsforderung zu nennen. . . . (35): Auch die Auflösung des Versicherungsverhältnisses selbst ist als eine der Genehmigung des Hypothekengläubigers bedürftige Aufhebung der Versicherungsforderung nicht anzusehen. . . . (42): Dem Hypothekengläubiger fehlt es aber nicht an Mitteln, sein bedrohtes Interesse wenigstens einigermaßen zu schützen. Er kann bei Begründung seiner Hypothek den Eigentümer verpflichten, eine Versicherung zu nehmen oder die schon eingegangene nicht selbständig aufzuheben, bei Gefahr des Schadensersatzes oder der Pflicht zur Zahlung einer Vertragsstrafe. Er kann auch ohne solche Vertragsabmachung bei Auflösung der Versicherung die Rechte des § 1134 BGB. geltend machen, da die ungerechtfertigte Auflösung eines Versicherungsvertrags im Sinne dieser Bestimmung eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks besorgen läßt. Er hat auch gegen den Eigentümer einen gesetzlichen Schadensersatzanspruch, wenn in der Vertragsaufhebung eine vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung seiner Interessen enthalten ist (§ 826 BGB.).

§ 1128. OLG. **29** 360 (Rostock). Wenn der Eigentümer eines abgebrannten, versicherten Gebäudes an die Gläubiger das Ansinnen richtet, in die Auszahlung der Versicherungssumme an ihn zu willigen, und wenn er dabei betont, daß er das Geld haben wolle, um weiter bauen zu können, so muß seine Erklärung nach § 133 dahin verstanden werden, daß er sich zu der angegebenen Verwendung hat verpflichten wollen. So muß sie besonders auch von den Gläubigern verstanden werden, und ihre eigene Einwilligungserklärung kann wieder vom Beklagten nicht anders aufgefaßt werden, als daß sie gegen sein Versprechen des Wiederaufbaues erteilt werde. Wenn er dann auf Grund dieser Genehmigung sich das Geld auszahlen läßt, so muß auch dies wieder als Ausdruck des Willens aufgefaßt werden, den Zweck, zu dem er das Geld erhält, zu verwirklichen. Es wird daher eine vertragsmäßige Verpflichtung des Beklagten begründet, die Versicherungssumme zum Wiederaufbaue des Hauses zu verwenden.

§ 1131. Sommer, BayNotZ. **15** 179. Pfandunterstellung von Grundstücken.

§ 1132. I. Wesen der Gesamthypothek. 1. *Arnulf Meyer, BayNotZ. **16** 281 ff. Das Wesen der Gesamthypothek besteht in der Mehrheit von Haftungsgegenständen bei Einheit der haftungsberechtigten Forderung und Hypothek. Wer sich, wie Leo in GruchotsBeitr. **54** 257 ff. (JDR. **9** zu § 1132 Ziff. 5), auf jeden Eigentumsbruchteil nur je einen Hypothekteil (genau: Hypothek- und Forderungsteil) lastend denkt und die übrigen Hypothek- und Forderungsteile gänzlich beiseite läßt — ihnen kein Befriedigungsrecht an den übrigen Eigentumsbruchteilen einräumt —, nimmt wegen dieser Beiseitelassung ein zum gesetzlichen Begriffe der Gesamthypothek gehöriges Merkmal in seine Vorstellung nicht auf, seine Vorstellung kann also nicht die einer Gesamthypothek sein: Er hat die gemeinsame For-

derung und Hypothek zerteilt und dadurch die Einheit der haftungsberechtigten Forderung und Hypothek vernichtet, die zum Wesen der Gesamthypothek gehört. § 1113 bestimmt den Normalfall der Hypothek: hier ist Gegenstand der Belastung ein Grundstück. Durch § 1114 tritt neben den Normalfall des § 1113, das Grundstück, der in dem Anteile des Miteigentümers bestehende Bruchteil eines Grundstücks als anormale Einheit des Belastungsgegenstandes. § 1132 bestimmt den Begriff der Gesamthypothek nach dem Normalfalle des § 1113. — Mehrere Grundstücke bilden im § 1132 allerdings den Gegensatz zu einem Grundstück, aber eben nur für den im § 1113 bezeichneten Normalfall, daß das Grundstück als solches Gegenstand der Hypothek ist. Dies verkennt die herrschende Meinung. Für den Fall, daß nur ein Bruchteil nach § 1114 Gegenstand der Hypothek ist, trifft § 1132 ausdrücklich keine Bestimmung. Es bedarf aber auch gar keiner ausdrücklichen Bestimmung, denn durch § 1114 (in der Abhandlung irrig: 1113) ist der Bruchteil in der Hand des Miteigentümers als Hypothekgegenstand dem ganzen Grundstücke gleichgestellt. Danach ist eine wirkliche Gesamthypothek an den im Miteigentume stehenden ideellen Grundstücksanteilen — Bruchteilen des Grundstücks nach dem Sprachgebrauche des § 1114 — anzunehmen, im Gegensatze zu der Auffassung des **RG.** in SeuffBl. **76** 127. — Sobald das Grundstück einen einzigen Eigentümer erlangt, d. h. die sämtlichen Anteile zu einem einzigen Grundstücke, zu einer Einheit des Gegenstandes der Hypothek vereinigt sind, entfällt mit der Mehrheit von Gegenständen der Hypothek ein wesentliches Merkmal der Gesamthypothek und damit diese selbst: die Gesamthypothek an den untergegangenen Anteilen wird zur Einheitshypothek am ganzen Grundstücke. ➸ Die Einheit des Gegenstandes der Hypothek ist aber trotz Vereinigung der sämtlichen Anteile in der Hand eines einzigen Eigentümers nicht gegeben, wenn die Hypothek an den einzelnen Anteilen verschiedenen Rang hat, in diesem Falle dauert die Gesamthypothek fort. ⇽

2. Schreiber, Schuld und Haftung 321. Der Inhaber der Gesamthypothek hat ein Anrecht mit schuldrechtlicher Deckung gegen seinen Schuldner; daneben steht ihm kraft Haftung ein zweites Anrecht zu und für dieses die mehrfache sachenrechtliche Deckung an den haftenden Grundstücken. Nach § 1132 Abs. 2 kann der Hypothekar sein Anrecht aufteilen und mit den dazu gehörigen Sachhaftungen auf die verschiedenen Grundstücke legen. Folgerecht entstehen so an Stelle der Gesamthypothek mehrere Einzelhypotheken. Denn auf jedem Grundstücke lastet nunmehr Anrecht und Deckung. Dem entspricht es, daß nach § 1172 Abs. 2, wenn eine gemeinsame Eigentümergesamthypothek entstanden ist, jeder der beteiligten Eigentümer seine Abteilung verlangen und dadurch selbständige Eigentümergrundschuld an seinem Grundstück erwerben kann.

3. a) Meikel, R. **14** 346. Das Gesetz hat das Bruchteilseigentum nicht dem Eigentum an Grundstücken gleichgestellt, sondern im Gegenteile der Besonderheit Rechnung getragen, daß bloß eine Anteilsberechtigung vorliegt. Es hat den Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers im § 1066 BGB. besonders geregelt, weil eben zwar die Sache, nicht aber der einzelne Anteil Gegenstand des Besitzes sein kann. Es hat ausdrücklich bestimmt, daß ein Bruchteil eines Grundstücks mit einem Vorkaufsrechte (§ 1095 BGB.), mit einer Reallast (§ 1106 BGB.), mit einer Hypothek (§ 1114 BGB.), sowie mit einer Grundschuld (§ 1192 BGB.) und einer Rentenschuld, die ja eine Unterart der Grundschuld ist (§ 1119 BGB.), nur belastet werden kann, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht.... Wenn nun § 1114 BGB. bestimmt: „Ein Bruchteil eines Grundstücks kann mit einer Hypothek nur dann belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht",

so bedeutet dies nichts weiter, als daß auch ein Miteigentumsanteil Gegenstand der Hypothek sein kann; dagegen ist nicht gesagt, daß, wenn ein Grundstück im Miteigentume steht, das Grundstück als solches nicht belastet werden darf und nur die Anteile Hypothekenobjekt sein können . . . Aus der irrigen Auffassung, als ob der Anteil an einem Grundstück ohne weiteres einem Grundstücke gleichzustellen wäre, wurde der weitere Schluß gezogen, daß kein Unterschied bestehe, ob das Grundstück real geteilt werde, oder ob sich das Alleineigentum in Miteigentum verwandle. Dieser Schluß ist irrig. Wenn ein Grundstück real geteilt wird, dann lastet die Hypothek nicht mehr auf einem, sondern auf mehreren Grundstücken; sie wird daher naturnotwendig eine Gesamthypothek. Verwandelt sich dagegen das Alleineigentum in Miteigentum, so lastet die Hypothek nach wie vor „auf dem Grundstück", ist also Einzelhypothek. **b**). Höchstädter, BayRpflZ. **14** 92. Die Frage: Ist die Hypothek auf einem im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstück eine Gesamthypothek? ist in allen Fällen zu bejahen.

4. KGJ. **46** 229 (KG.). Eine Forderung, die einer einzelnen Person zusteht, wird nicht schon dadurch zur Gesamtgläubigerforderung, daß sie an mehrere abgetreten wird. Es bedarf zur Erreichung dieses Rechtserfolges noch der Zustimmung des Schuldners, weil es sich um eine inhaltliche Veränderung der Forderung handelt.

5. Biermann, ABürgR. **40** 318. (322): Bestellen sämtliche oder mehrere Gesamtschuldner dem Gläubiger an ihren Grundstücken Hypotheken, so muß man unterscheiden, ob der einzelne Gesamtschuldner nur die gegen ihn bestehende Forderung des Gläubigers sichern will oder die Forderungen gegen sämtliche Gesamtschuldner. Im ersten Falle sind bloße Einzelhypotheken vorhanden, die voneinander unabhängig sind. . . . Haben die Gesamtschuldner an ihren Grundstücken Hypotheken zur Sicherung der gegen sämtliche Schuldner gerichteten Forderung bestellt, so liegt eine Gesamthypothek vor. Denn die Forderungen, die durch die Hypotheken gesichert werden sollen, sind für alle Hypotheken dieselben.

6. KGBl. **14** 104 (KG.). Die auf dem Grundstücke des Bürgen für die Bürgschaftsforderung eingetragene Hypothek bildet mit der auf dem Grundstücke des Hauptschuldners für die Hauptforderung eingetragenen Hypothek keine Gesamthypothek. Die Eintragung einer Zwangshypothek auf dem Grundstücke des Bürgen ist daher trotz bestehender Verkehrshypothek auf dem Grundstücke des Hauptschuldners zulässig.

II. Verbindung von Zwangshypothek und Vertragshypothek. 1. OLG. **29** 247, SächsOLG. **35** 185 (Dresden). Nach § 1132 BGB. entsteht für den Fall, daß an mehreren Grundstücken des Schuldners für dieselbe Forderung des Gläubigers Hypothek bestellt wird, mit Notwendigkeit eine Gesamthypothek, die auf den einzelnen Grundstücken nur einheitlich und nicht auf dem einen als Buch-, auf dem anderen als Brief- oder Sicherungshypothek eingetragen werden kann. Dieser auch vom RG. (**RG. 70** 246, **77** 175) bestätigte Grundsatz wird aber durchbrochen, wenn man den Eintrag einer Zwangshypothek neben der Vertragshypothek zuläßt. Das ist gleichmäßig der Fall bei dem Zusammentreffen der Zwangs- mit einer Buch- oder Briefhypothek, einer Sicherungshypothek der im § 1190 bezeichneten Art oder einer Sicherungshypothek nach § 1184 BGB. Die Zwangshypothek ist nicht nur ein von den drei ersten Hypothekenarten durchaus verschiedenes Recht, sie deckt sich auch nicht mit einer Sicherungshypothek nach § 1184 BGB., da sie nach § 868 ZPO. auch in den Fällen der Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln dem Eigentümer des Grundstücks zufällt, mithin mit besonderen, für die Sicherungshypothek nach § 1184 BGB. nicht geltenden Rechtsfolgen ausgestattet ist. Damit ist die

Unzulässigkeit der Verbindung der Zwangshypothek mit einem vertragsmäßigen Hypothekenrechte zu einem Gesamtrechte dargetan. Dagegen

2. OLG. **29** 247 (BayObLG.). Es handelt sich hier nicht, wie in dem Beschl. des KG. vom 9. Dezember 1912 (JDR. **12** zu § 1132 Ziff. 1), um eine neben einer Verkehrshypothek einzutragende Sicherungshypothek, vielmehr ist die auf Grund des Vertrags eingetragene Hypothek ebenso wie die jetzt im Zwangsweg einzutragende eine Sicherungshypothek. Daher treffen die Gründe, die das KG. dazu geführt haben, die Eintragung einer Zwangshypothek für eine Forderung, für die bereits eine Verkehrshypothek besteht, für unzulässig zu erklären, hier nicht zu. Das KG. hat allerdings in den Gründen auch den Fall behandelt, daß für die Forderung, für die eine Zwangshypothek eingetragen werden soll, schon eine Sicherungshypothek besteht; es hält auch die Zwangssicherungs- und die Vertragssicherungshypothek für so verschiedene Rechtsgebilde, daß ihre Zusammenfassung zu einer Gesamthypothek unmöglich und deshalb auch die Eintragung einer Zwangs- neben einer Sicherheitshypothek unzulässig sei. Diesen Ausführungen vermag der Senat nicht beizutreten. . . . Nach §§ 864 ff. hat der Gläubiger das gesetzliche Recht, wegen seiner vollstreckbaren Forderung in das unbewegliche Vermögen seines Schuldners zu vollstrecken und zu diesem Zwecke — mit der im § 866 Abs. 3 ausgesprochenen Beschränkung — auch die Eintragung einer Sicherungshypothek zu erwirken. Wollte man ihm dieses Recht mit Rücksicht darauf, daß er bereits durch eine Vertragshypothek gesichert sei, absprechen, so wäre er schlechter gestellt als der Gläubiger, dem keine Vertragshypothek eine Sicherheit bietet. Man wird ihm dieses Recht jedenfalls nicht weiter beschränken dürfen, als dies — sei es aus dem Gesichtspunkte der Einheitlichkeit der Gesamthypothek, sei es aus anderen rechtlichen Erwägungen — unbedingt erforderlich ist.

III. Vervielfältigung der Gesamthypothek. 1. RJA. **13** 138 (KG.). Die antragsgemäß nur bei einem der belasteten Grundstücke erfolgte Umschreibung einer Gesamthypothek ist trotz späterer Löschung der Hypothek auf dem Blatte des anderen Grundstücks unwirksam. . . . Wie der Beschl. des KG. vom 14. Oktober 1912 (JDR. **12** zu § 1132 Ziff. 3) ausführt, ist eine inhaltlich unzulässige Eintragung ein rechtliches Nichts und so anzusehen, als wäre sie überhaupt nicht erfolgt. Gilt sie aber als rechtlich nicht vorhanden, so ist auch, wie in dem angeführten Beschlusse gleichfalls rechtsgrundsätzlich ausgesprochen ist, eine Heilung durch einen späteren Rechtsakt nicht möglich.

2. Meyer, ZBlFG. **15** 15. Das **RG. 63** 74 sagt: Zur Übertragung und zur Belastung einer Gesamthypothek, bei welcher die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, bedarf es der Eintragung auf dem Blatte eines jeden der mitverhafteten Grundstücke, so daß bis zu dieser alle Grundstücke umfassenden Buchung weder von dem Übergange der Gesamthypothek auf einen neuen Gläubiger noch von der Entstehung eines Pfandrechts an ihr die Rede sein kann. Dies ist auch jetzt die einhellige Meinung in der Literatur. . . . Diese allgemeine Meinung gilt aber nur im Rahmen des § 892. Die Folgen dieses gutgläubigen Erwerbes bestehen in einer Gesamthypothek an allen Grundstücken, bei denen der Vollzug vorliegt; bei den übrigen dagegen, die mangels eines Mitbelastungsvermerkes nicht einbezogen wurden, findet beim Fehlen eines Eintrags kein Erwerb durch den Zessionar oder Pfandgläubiger statt. An diesen Grundstücken dauert das Recht des Erstgläubigers fort, jedoch belastet mit einer Einrede. Entsprechend dem Wesen der Gesamthypothek, nach dem der Gläubiger zwar aus mehreren Grundstücken, jedoch nur einmal Befriedigung verlangen darf (Staudinger § 1132 I 2), ist der abtretende oder verpfändende Gläubiger, damit der Eigentümer vor Doppelzahlung geschützt wird, mit der Geltendmachung der Hypothek an den

Grundstücken, bei denen kein Vollzug vorliegt, dauernd ausgeschlossen. Beim Vorliegen dieser Einrede kann also der Eigentümer gemäß § 1169 BGB. den Verzicht auf die Hypothek an diesen Grundstücken vom Gläubiger verlangen.

§§ 1134, 1135. 1. RG. WarnE. **14** 410. Nach § 1120 BGB. erstreckt sich die Hypothek regelmäßig auf die von dem Grundstücke getrennten Erzeugnisse sowie auf das Zubehör; wer aber Zubehörstücke, die für die Hypothek haften, den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider von dem Grundstück entfernt (§ 1135 BGB.) oder auf das Grundstück in einer Weise einwirkt, die eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung besorgen läßt (§ 1134 BGB.), verstößt gegen die Rechte des Hypothekengläubigers, deren Schutz die §§ 1134, 1135 bezwecken (WarnE. **10** Nr. 281). Die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB. auf den festgestellten Tatbestand ist daher unbedenklich, nicht minder aber auch die des Abs. 1 daselbst, weil das Hypothekenrecht zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB. gehört (WarnE. **11** Nr. 268). Auch der § 826 BGB. kann anwendbar sein, wenn die Beklagten planmäßig auf die Schädigung der Hypothekengläubiger ausgegangen sind. Haben sie ferner gemeinschaftlich gehandelt, so ist ein jeder der Beklagten für den entstandenen Schaden nach § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB. verantwortlich.

2. OLG. **29** 359 (KG.). Durch Beseitigung der dem dinglichen Rechte unterliegenden Gegenstände wird die Sicherheit des dinglichen Rechtes infolge der Verschlechterung des Grundstücks gefährdet. Für die Bestandteile von Schachtanlagen kommt der § 1134 unmittelbar zur Anwendung, hinsichtlich des Zubehörs ist die Fortschaffung durch den § 1135 der Verschlechterung des Grundstücks gleichgestellt. Verschlechtert ist aber auch ein Grundstück, das zum Gebrauche wertlos geworden ist, wenn die noch wertvollen Gegenstände veräußert werden. Mit Unrecht behauptet Beklagter, daß die Verwertung der Zubehörstücke den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspreche und deshalb nicht durch den § 1135 BGB. verboten sei. Allein ein unbrauchbar gewordenes Grundstück kann überhaupt nicht mehr bewirtschaftet werden. Die noch übrig gebliebenen wertvollen Bestandteile usw. sind der allein noch in Betracht kommende Grundstücksrest, dessen Veräußerung wirtschaftlich der des ganzen Grundstücks gleichsteht.

3. SchlHolstAnz. **14** 141 (Kiel). Daß durch den Abbruch eines Gebäudes eine Verschlechterung des Grundstücks eintritt, liegt auf der Hand, und es ist auch anzunehmen, daß hierdurch die Hypotheken in ihrer Sicherheit gefährdet werden. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß beabsichtigt sein mag, auf dem Grundstück einen Neubau zu errichten, durch den das Grundstück wertvoller werden wird. Für die Zwischenzeit tritt jedenfalls eine Verschlechterung ein; eine Sicherheit, daß in jedem Falle der Neubau auch ausgeführt wird, besteht nicht. Es ist daher der Antrag, durch einstweilige Verfügung die Einstellung der Abbruchsarbeiten anzuordnen, gemäß § 1134 BGB. gerechtfertigt, doch erscheint es sachgemäß, den Antragsgegnern die Möglichkeit zu geben, die Abbruchsarbeiten fortzusetzen, wenn sie durch Hinterlegung einer dem Kapitalbetrage der Hypotheken entsprechenden Summe dem Antragsteller Sicherheit geleistet haben.

4. Rockstroh, BuschsZ. **44** 471. Mit überwiegender Mehrheit wird angenommen, daß durch die Anordnung einer zwangsweisen Verwaltung auf Grund des § 1134 Abs. 2 BGB. eine Beschlagnahme der Mietzinsen im Sinne der §§ 1123, 1124 BGB. bewirkt wird (vgl. Staudinger, Sachenrecht [1912] 738 und 805; Fuchs, Grundbuchrecht I 417; Oberneck, Reichs-Grundbuchrecht [1909] II 175; Biermann, Sachenrecht [1903] 317). Es ergeben sich aber Zweifel in dem Falle, daß die Pfändung der Mieten erst kurz vor Einleitung der auf Grund der Verfügung angeordneten Verwaltung erfolgt ist, insofern, als man über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Beschlagnahme verschiedener Ansicht sein kann. Da zwischen Erlaß der richterlichen Anordnung und Einleitung der Verwaltung immerhin noch eine

kurze Zeit vergeht, muß festgestellt werden, in welchem Augenblicke die Beschlagnahme wirksam wird. Wenn man annimmt, daß die Beschlagnahme mit dem Erlasse der Verfügung zusammenfällt, so ist die spätere Pfändung überhaupt unzulässig und daher wirkungslos (vgl. Oberneck 174; **RG. 59** 91; GruchotsBeitr. **49** 1066). Anders jedoch, wenn man sagt, die Beschlagnahme werde erst mit der Einleitung der Verwaltung durch den Vollstreckungsrichter wirksam. Denn dann ist die Pfändung vorher erfolgt. Die zweite Ansicht ist zutreffend.

§ 1137. 1. Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke 61. Der Grund, die Pfandrechte von den Rechtsfolgen des Zeitablaufs auszunehmen, trifft nicht zu, wenn die Hypothek oder das Fahrnispfandrecht erst nach Vollendung der Verjährung bestellt ist. Hat der Besteller freilich gewußt, daß der Anspruch bereits verjährt war, so wird in der trotzdem erfolgten Sicherstellung des Gläubigers ein Verzicht auf die Einrede zu finden sein, der zweifellos zulässig ist. Hat der Eigentümer aber in Unkenntnis der Verjährung die Hypothek bestellt, so steht ihm nach § 1137 gegen die Hypothek die Einrede der Verjährung der Forderung zu. Anders, wenn der persönliche Schuldner die Hypothek bestellt hat. Eine Sicherheitsleistung, wozu nach § 232 auch die Bestellung von Hypotheken gehört, kann der Verpflichtete auch dann nicht zurückfordern, wenn er sie in Unkenntnis der Verjährung bewirkt hat (§ 222 Abs. 2).

2. Hirschfeld aaO. 65. Die Tatsache, daß der Gläubiger mit seiner Forderung rechtskräftig abgewiesen ist, fällt nicht unter die Einreden des § 1137 BGB., vielmehr wirkt diese urteilsmäßige Feststellung insofern auch für den Eigentümer, als er auf Grund ihrer die Umschreibung der Hypothek auf sich im Berichtigungsverfahren durchsetzen kann. S. Güthe 557/558 § 22 Anm. 42. AM. Oberneck § 116 Nr. 1 e; v. Staudinger § 1169 I a β; RGR. Komm. § 1137, 2; Hachenburg, Vortr. 514.

§ 1138. Oertelt, R. **14** 294. Bei gutgläubigem Erwerbe der Hypothek geht auch die persönliche Forderung auf den Zessionar über. . . . Der Übergang der Forderung ist zwar keine notwendige, aber doch sinngemäße Ergänzung der Erscheinung, daß die persönliche Forderung beim Wechsel der dinglichen Gläubigerschaft nicht in den Händen des alten Gläubigers verbleiben kann. Die wesentlichste Wirkung des guten Glaubens: die Entrechtung des bisher Berechtigten, tritt ja beim Hypothekenerwerb, auch hinsichtlich der Forderung, auf jeden Fall ein; zweifelhaft ist nur die minder wichtige Frage, wem diese Entrechtung zugute kommt. Die Wahl zwischen dem gutgläubigen Erwerber der Forderung und dem unbeteiligten Schuldner ist nicht schwer.

§ 1142. 1. **RG.** BayNotZ. **15** 153. Der Eigentümer des mit einer Grundschuld behafteten Grundstücks kann gegenüber der Grundschuld mit einer ihm gegen den Grundschuldgläubiger zustehenden persönlichen Forderung aufrechnen. Es folgt dies aus § 1142 Abs. 1, 2 BGB., wonach der für eine Hypothek lediglich dinglich haftende Grundstückseigentümer den Hypothekengläubiger auch durch Aufrechnung befriedigen kann, und aus der Anwendung dieser Vorschrift auf die Grundschuld gemäß § 1192 BGB. Diese Aufrechnung kann gemäß §§ 53 ff. KO. auch dann erfolgen, wenn der Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger im Konkurs ist.

2. **RG.** WarnE. **14** 461. Zwar kann der Grundstückseigentümer nach § 1142 Abs. 1, 2 BGB. den Hypothekengläubiger und gemäß § 1192 BGB. den Grundschuldgläubiger (**RG. 78** 409, JW. **10** 704 Nr. 2) auch durch Aufrechnung mit einer persönlichen Forderung befriedigen. Diese Zulässigkeit der Aufrechnung ist aber lediglich als eine Ausnahme zugunsten des Grundstückseigentümers bestimmt. Der Hypothekengläubiger oder der Grundschuldgläubiger ist nicht berechtigt, mit seinem dinglichen Anspruche gegen eine persönliche Forderung des Grundstückseigentümers wider dessen Willen aufzurechnen.

§ 1144. **RG.** WarnE. **14** 460. Der Satz von der Ungeteiltheit der Haftung des Pfandes, wie er für das Pfandrecht an beweglichen Sachen im § 1150 des I. Entw. ausgesprochen war und im § 1222 BGB. mit Bezug auf das Pfandrecht an mehreren (beweglichen) Sachen auch noch zum Ausdrucke kommt, gilt nicht für Hypotheken.

§§ 1144, 1145. **RG.** WarnE. **14** 460. Zu den Vorschriften, die auf die Sicherungshypothek und deshalb auch auf die Höchstbetragshypothek keine Anwendung finden, gehören die §§ 1144, 1145 nicht (s. § 1184 Abs. 2), und der Umstand, daß bei der Sicherungshypothek die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, schließt bei ihr nur diejenigen Ansprüche aus den §§ 1144, 1145 aus, die das Vorhandensein eines Hypothekenbriefs voraussetzen, also nicht den Anspruch auf Grundbuchberichtigung oder Löschung oder auf „Aushändigung der sonstigen dazu erforderlichen Urkunden".

§ 1145. NaumburgAK. **14** 66 (Naumburg). Der Hypothekengläubiger hat gegen den Hypothekenpfandgläubiger kraft Gesetzes keinen Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefs. Dagegen Hirsch, NaumburgAK. **14** 67.

§ 1147. 1. **RG.** R. **14** Nr. 215. Eine Vereinbarung des Inhalts, daß das Recht eines Hypothekengläubigers auf Zwangsvollstreckung völlig ausgeschlossen sein solle, bedeutet nicht die Aufgabe der Hypothek, ist vielmehr nichtig.

2. **RG.** WarnE. **14** 461. Die Hypothek als dingliches Recht und die Grundschuld gewähren nicht, wie die Kaufpreisforderung, das Recht, schlechthin Zahlung zu verlangen, sondern geben nur die Befugnis, aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung zu suchen.

§ 1150. 1. OLG. **29** 366 (Frankfurt a. M.). Die §§ 268, 1150 setzen voraus, daß der Hypothekar die Zwangsvollstreckung betrieben hat. A. hat zwar die Zwangsverwaltung anordnen lassen, diese aber wieder aufgehoben, als er am 5. Juni 1912 die Zinsrückstände erhielt. Während der später erfolgten Zahlungen hat A. nicht mehr vollstreckt und auch nicht Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt; insoweit liegen also die Voraussetzungen der §§ 268, 1150 nicht vor. Aus der Tatsache, daß A. die Zwangsverwaltung nicht aufgehoben hätte, wenn sich der Kläger nicht persönlich verpflichtet hätte, auch die fernerhin fälligen Zinsen pünktlich zu zahlen, folgert der Kläger, daß es nicht darauf ankomme, ob auch bei den späteren Zahlungen die Zwangsvollstreckung noch betrieben oder angedroht oder Zahlung aus dem Grundstücke verlangt worden sei. Dies jedoch zu Unrecht. . . . Anders verhält es sich mit der ersten Zahlung. Die Annahme des LG., der § 269 sei nicht anzuwenden, wenn ein Recht an dem Grundstück erst bestellt worden sei, nachdem die Zwangsvollstreckung bereits eingeleitet sei und der Dritte hiervon Kenntnis habe, findet im Gesetze keine Stütze.

2. **RG.** ZBlFG. **14** 653, BayRpflZ. **14** 20. Die Vorschrift der §§ 1150, 268 Abs. 3 BGB., wonach das Ablösungsrecht (jus offerendi) nicht zum Nachteile des Gläubigers ausgeübt werden darf (nemo subrogat contra se), kann zugunsten einer nacheingetragenen Hypothek des abgelösten Hypothekengläubigers auch dann nicht geltend gemacht werden, wenn die nacheingetragene Hypothek zwar gleichen Rang mit der abgelösten hatte, diesen Rang aber ohne Einwilligung des ablösenden Zwischenberechtigten eingeräumt erhalten hat.

3. Die Entsch. des **RG.** JDR. **12** zu § 1150 Ziff. 1 auch GruchotsBeitr. **58** 426.

§§ 1153 ff. *Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft I. 130 Note 236. Im Falle der Übertragung eines Forderungsteils (§§ 1153 ff.), bei Entstehen einer Teileigentümergrundschuld (§ 1176), bei Ersetzung eines Teiles der hypothekarisch gesicherten Forderung durch eine andere (§ 1180) unter gleichzeitiger Übertragung dieses Teiles, bei Entstehen einer Eigentümergrundschuld (oder Eigentümerhypothek)

für die mehreren Miteigentümer des belasteten Grundstücks (§§ 1163, 1164, 1168, 1170, 1171, 1143 Abs. 1, 1177) entsteht nicht eine Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. (so die übliche Auffassung), sondern entstehen mehrere selbständige Hypotheken oder Grundschulden an Stelle der früheren einen Hypothek. Das ist von praktischer Bedeutung für die Frage der Verfügung, der Grundbuchberichtigung, der Anwendbarkeit des § 48 GBO. und des § 745 BGB. sowie auch für die Frage einer notwendigen Streitgenossenschaft (§ 62 erste Alternative ZPO.; unrichtig daher **RG. 60** 270). Entsprechend bei Grund- und Rentenschulden; vgl. auch **RG.** Gruchots Beitr. **56** 987 ff.

§ 1154. I. Form der Abtretung. 1. Die Abtretungserklärung. OLG. **29** 367 (Hamburg). Da auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Grundsatz der Echtheitsvermutung gilt, wird der Grundbuchrichter eine Urkunde nicht schon deswegen zurückweisen dürfen, weil die Erklärung noch nicht vollständig war, als die Unterschrift beglaubigt wurde, sondern nur dann, wenn er Zweifel darüber hegt, ob die anfangs unvollständige Erklärung in zulässiger Weise nachträglich ausgefüllt worden ist (vgl. Schlegelberger, FGG.[2] 911). Derartige Zweifel zu beseitigen, ist Sache derjenigen Partei, die auf Grund einer nachträglich ausgefüllten Blankozession Eintragungen im Grundbuche herbeiführen will.

II. Die Übergabe des Hypothekenbriefs. 1. **RG.** BayNotZ. **15** 344. Zur Abtretung einer Hypothek gehört die Übergabe des Hypothekenbriefs. Ist dieser abhanden gekommen, so ist die Ersatzübergabe unmöglich, solange das Aufgebotsverfahren zur Kraftloserklärung des Hypothekenbriefs noch nicht beendet ist.

2. KGJ. **45** 294, OLG. **29** 217 (KG.). Die zur Abtretung der Briefhypothek erforderliche Übergabe des Hypothekenbriefs wird durch die Übergabe eines Urteils, das den Brief für kraftlos erklärt, nicht ersetzt.

3. FrankfRundsch. **48** 145 (Frankfurt a. M.). Im Falle der Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe eines Hypothekenbriefs ist dem Antrag auf Überweisung des Herausgabeanspruchs, soweit er nur zur Sicherstellung dient, auch im Arrestverfahren stattzugeben.

4. OLG. **29** 217, KGJ. **45** 294 (KG.). Die Eintragung der Pfändung einer Forderung, für welche eine Briefhypothek besteht, ist Grundbuchberichtigung im Sinne des § 22 Abs. 1 GBO. und setzt daher voraus, daß dem Grundbuchrichter die außerhalb des Grundbuchs gemäß § 830 Abs. 1 ZPO. erfolgte Entstehung des Pfändungspfandrechts nachgewiesen wird. Dieses erfordert die Übergabe des Briefes an den Gläubiger, welche als erfolgt gilt, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief im Zwangswege zur Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt. Die Übergabe des Briefes wird, falls ein Dritter den Brief besitzt, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt; sie wird aber nicht dadurch ersetzt, daß der dem Schuldner (Hypothekengläubiger) zustehende Anspruch für den Gläubiger gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen ist. ... Der Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf Herausgabe des Briefes hat das LG. mit Recht die Bedeutung abgesprochen, weil der Beschwerdeführer es unterlassen hat, sich auf Grund des Beschlusses den tatsächlichen Besitz des Briefes zu verschaffen, nötigenfalls im Wege der Klage. ... Daß der Brief sich bei dem Grundbuchamte befindet, steht nicht entgegen; sofern der Beschwerdeführer einen Anspruch auf Herausgabe gegen A. hat, kann er dessen Verurteilung zur Einwilligung darin begehren, daß das Grundbuchamt den Brief an ihn herausgibt.

III. Wirkung der Abtretung. **RG.** WarnE. **14** 343. Es mag sein, daß die Worte „mit allen Rechten und Klagen" bei einer Abtretung regelmäßig die Bedeutung haben, daß der bisherige Gläubiger mit den abgetretenen

Rechten alle irgendwie damit zusammenhängenden Rechte und Ansprüche, namentlich auch die auf Zinsen und Kosten, übertragen und nichts davon zurückbehalten solle.... Daraus, daß die Übertragung von Zinsrückständen einer Grundschuld, wie einer Hypothek, nicht die Form des § 1154 BGB. erfordert, sondern sich gemäß den §§ 1159, 398 durch formlosen Abtretungsvertrag vollzieht, folgt aber keineswegs, daß der Kläger, indem er die Grundschuld in der angegebenen Weise abtrat, alle seine Rechte aufgegeben und nichts zurückbehalten hat. Das BGB. enthält keine Vorschrift, wonach die Abtretung des Hauptrechts auch etwaige Zinsrückstände ergreift, oder wonach das Recht auf solche Zinsrückstände bei der Abtretung nicht vom Hauptrechte getrennt, insbesondere vom Abtretenden ausdrücklich oder stillschweigend für sich zurückbehalten werden kann (vgl. **RG.** WarnE. **08** Nr. 454). Und der § 1159 beruht vielmehr auf der Erwägung, daß zwar das Recht auf Verzinsung des Kapitals zum Hauptrecht im Verhältnis eines Nebenrechts stehe, das das rechtliche Schicksal des Hauptrechts teilt und bei der Abtretung mit diesem ohne weiteres auf den neuen Gläubiger übergeht, daß dagegen das Recht auf die einzelne Zinsrate mit deren Fälligkeit sich vom Hauptrechte löse und für den Gläubiger einen selbständigen Gegenstand der Verfügung bilde (vgl. Mot. z. § 1090 des I. Entw.).

§ 1155. I. Erklärung durch einen Vertreter. OLG. **29** 388 (Hamburg). Der § 1155 bestimmt nichts über die Voraussetzungen, unter denen der gutgläubige Erwerber geschützt wird, wenn eine der beglaubigten Abtretungserklärungen von einem Vertreter des abtretenden Gläubigers abgegeben worden ist. Unbedenklich erscheint jedoch die Annahme, daß der Veräußerer im Sinne des § 1155 als Gläubiger ausgewiesen wird, wenn er eine notarielle Vollmachtsurkunde besitzt, wonach der im Namen eines früheren Gläubigers handelnde Vertreter bei der Abgabe der Abtretungserklärung Vertretungsmacht hatte, und wenn überdies der Notar verlautbart, daß der Unterzeichner der Abtretungserklärung sich bei Leistung der Unterschrift durch diese Vollmachtsurkunde als Vertreter ausgewiesen habe. Diese Verlautbarung wird aber die Vermutung des § 1155 auch dann begründen, wenn nicht der Veräußerer, sondern der Erwerber der Hypothek die Vollmachtsurkunde in Händen hat, auf die sich der Beglaubigungsvermerk bezieht.

II. Ausfertigung einer Urkunde. OLG. **29** 368 (Hamburg). Mit Recht nimmt das LG. an, daß die notarielle Ausfertigung eines notariellen Protokolls über eine Abtretungserklärung im Verkehr einer notariell beglaubigten Abtretungserklärung gleich zu achten ist. Ist eine Rechtshandlung in Form eines notariellen Protokolls beurkundet, so hat die Urschrift im Gewahrsam des Notars auf Grund der HambNotariatsO. zu verbleiben, und der Notar darf nur Ausfertigungen erteilen. Der gleiche Rechtszustand herrscht in Preußen auf Grund des PrNotariatsG. Die Urschrift des Protokolls ist also dem Verkehr entzogen, und daher muß die vom Notar erteilte Ausfertigung genügen. Dies ist auch die herrschende Meinung (JW. **14** 930 Nr. 16).... Dem gutgläubigen dritten Erwerber kann nicht entgegengehalten werden, daß die Eheleute A. die Abtretung nicht erklärt haben oder nicht erklären konnten, da der Mann A. unter Pflegschaft stand.

III. Gefälschte Urkunden. 1. **RG.** JW. **14** 930. Für den gutgläubigen Erwerb nach § 1155 BGB. genügt der durch öffentliche Abtretungsurkunden vermittelte Schein einer solchen Legitimation. Dieser wird durch notarielle Ausfertigungen um so sicherer erbracht, als die Urschriften dem Verkehre nicht zugänglich sind. Notarielle Ausfertigungen sind, auch wenn ihnen gefälschte Urkunden oder überhaupt keine Urkunden zugrunde liegen, an sich keine Fälschungen im Sinne der §§ 267 ff. StGB., sondern echte Urkunden, die widerrechtlich, unter Verstoß gegen § 348 StGB. aufgenommen sind (vgl. **RG.** [Straff.] **30** 239, **31** 42). Es kommt aber hierauf nicht einmal an. Denn auch wenn Fälschungen vorlägen, würden sie, sofern sie nur geeignet sind, den Schein einer echten Urkunde hervor-

zurufen, ebensogut wie gefälschte Wechsel (Artt. 36, 74 ff. WO.; ROHG. 2 281, **RG. 55** 47, 49), eine geeignete Grundlage für gutgläubigen Erwerb bilden.

2. OLG. **29** 388 (Hamburg). Der Umstand, daß eine der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, aus denen sich das Gläubigerrecht des Veräußerers einer Briefhypothek ergibt, gefälscht ist, steht dem gutgläubigen Erwerbe nach § 1155 nicht entgegen (JW. **14** 930).

3. OLG. **29** 388 (Hamburg). Der gute Glaube des Erwerbers einer Briefhypothek heilt nur den Mangel im Rechte des Veräußerers, er schützt den Erwerber aber nicht gegen die Mängel, die der Wirksamkeit seines Erwerbsakts entgegenstehen. Eine unwirksame Einigung vermittelt niemals den Übergang der Hypothek auf einen neuen Gläubiger. Es begründet dabei keinen Unterschied, ob es sich um den Erwerb vom Berechtigten handelt oder von einem Nichtberechtigten, dem der Schein des Rechtes nach § 891 oder § 1155 zur Seite steht. Es geht nicht an, die Grundsätze über den guten Glauben auf Tatbestände auszudehnen, für die er nach dem Gesetze nicht bestimmt ist.

4. HansGZ. **14** Beibl. 185 (Hamburg). Die Regel des § 892 BGB. gilt entsprechend für den § 1155 BGB. auch zugunsten desjenigen, der eine Briefhypothek von dem bisherigen Besitzer des Hypothekenbriefs gutgläubig erwirbt, wenn dessen Gläubigerrecht sich aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt. Solche öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen sind auch notarielle Ausfertigungen, selbst wenn keine Urschrift vorhanden ist. Das Recht des gutgläubigen Erwerbers einer Hypothek wird also dadurch nicht beeinflußt, daß unter den Abtretungserklärungen, die sich auf dem Hypothekenbriefe befinden, solche sind, die von einem Notar fälschlich hergestellt sind.

§ 1157. RG. WarnE. **14** 416, GruchotsBeitr. **58** 1040. Wenn im Falle einer zum Zwecke der Sicherung einer Forderung bestellten Grundschuld die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, hat der Grundschuldgläubiger die ihm bestellte Grundschuld ohne rechtlichen Grund erlangt. Der die Grundschuld bestellende Eigentümer kann daher auf Grund des der Grundschuldbestellung zugrunde liegenden Vertrags oder gemäß § 812 BGB. die Übertragung der Grundschuld an ihn verlangen und steht ihm, wenn der Grundschuldgläubiger die Grundschuld gegen ihn im Klagewege geltend macht, wegen seines Übertragungsanspruchs eine Einrede zu (**RG. 78** 67, WarnE. **08** Nr. 454, **13** Nr. 57, 353). Diese Einrede kann der Grundstückseigentümer gemäß §§ 1137, 1192 in Verb. mit § 892 BGB. auch einem dritten Erwerber der Grundschuld entgegensetzen, wenn diesem der gute Glaube des Grundbuchs nicht zur Seite steht, er insbesondere von den die Einrede begründenden Tatsachen beim Erwerbe der Grundschuld Kenntnis gehabt hat; denn das der Grundschuldbestellung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft ist als ein zwischen dem die Grundschuld bestellenden Eigentümer und dem ursprünglichen Gläubiger bestehendes Rechtsverhältnis im Sinne des § 1157 anzusehen (WarnE. **08** Nr. 454).

§ 1159. RG. R. **14** Nr. 1845. Diese Bestimmung gilt auch dann, wenn eine Hypothek öffentlich versteigert wird und der Erwerber sich auf die Grundbucheintragung verläßt. Dasselbe gilt von der Grundschuld.

§ 1162. 1. **RG. 84** 314, JW. **14** 679. Als Ersatzübergabe kommt die Vereinbarung in Frage, der neue Gläubiger habe berechtigt sein sollen, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Sofern sich diese Vereinbarung auf den alten Hypothekenbrief beziehen sollte, war sie gegenstandslos, solange der Brief dem Grundbuchamte nicht vorgelegt werden konnte. Über den abhanden gekommenen und nicht wieder aufgefundenen Hypothekenbrief erlangte das Grundbuchamt keine Verfügungsmacht, keinen unmittelbaren Besitz, und es konnte deshalb an ihm durch eine die Übergabe ersetzende Vereinbarung dem Kläger

auch mittelbarer Besitz nicht verschafft werden. Hinsichtlich eines neuzubildenden Briefes kann unter dem rechtlichen Gesichtspunkte der Zulässigkeit der Abtretung künftiger Ansprüche eine Vereinbarung des behaupteten Inhalts an sich von Bedeutung sein. Der vom Grundbuchamt auszuhändigende Brief braucht noch nicht fertig vorzuliegen, es genügt zur Anweisung auf den Besitz, daß sie erfolgen kann und erfolgen muß (vgl. **RG. 66** 206). An dieser Voraussetzung fehlte es aber zur Zeit der Abtretung auch in bezug auf einen neuzubildenden Brief. Das Grundbuchamt war gar nicht in der rechtlichen Lage, einen neuen Hypothekenbrief zu bilden. Das Aufgebot zur Kraftloserklärung des alten Briefes (§ 1162 BGB.) war zwar eingeleitet, aber noch nicht beendet. Bis zu seiner Kraftloserklärung durch das Ausschlußurteil (§ 1017 ZPO.) galt der alte Brief als noch vorhanden, erst auf Grund des dem Grundbuchamte vorliegenden Ausschlußurteils konnte die Bildung eines neuen Briefes in Frage kommen (§ 67 GBO.). Wird unter Vorlegung des Ausschlußurteils die Bildung eines neuen Briefes beantragt, dann kann auch eine Ersatzübergabe bei diesem eintreten. Denn es ist dann durch das den alten Brief für kraftlos erklärende Ausschlußurteil die Bildung eines neuen Briefes gewährleistet, und die Vereinbarung über die Aushändigung hat einen individuell bestimmten, auf diesen Brief sich beziehenden Inhalt. Solange es aber ungewiß ist, ob der alte Brief noch vorhanden ist, und solange noch ein Inhaber dieses Briefes seine Rechte aus ihm anmelden kann (§ 1016 ZPO.), bleibt für eine Ersatzübergabe, wie sie der Kläger geltend machen will, kein Raum. An dem bei ihr vorausgesetzten unmittelbaren Besitze des Grundbuchamts an dem auszuhändigenden Briefe fehlt es, wenn das Grundbuchamt einen solchen Brief überhaupt nicht bilden kann.

2. KGJ. **45** 294 (KG.). Die Kraftloserklärung eines Hypothekenbriefs gilt auch dann für und gegen alle, wenn das Ausschlußurteil von einem Nichtberechtigten erwirkt ist. Wird mit dem Antrag auf Brieferneuerung ein Ausschlußurteil nach § 1162 BGB. vorgelegt, so ist das zivilprozessuale Antragsrecht des Antragstellers im Aufgebotsverfahren vom Grundbuchamte nicht nachzuprüfen.

§ 1163. I. Wesen der Eigentümerhypothek. 1. Schreiber, Schuld und Haftung 353. Von einer Konkurrenz zwischen den eigentlichen Sachenrechten, insbesondere dem Eigentum, und den zu Sachenrechten ausgestalteten Sachhaftungen kann nicht wohl gesprochen werden. Insbesondere ist die Meinung zu bekämpfen, als sei die in Sachhaftungen gegebene Befugnis in irgendeiner Beziehung bereits mit im Eigentum enthalten. Es ist vielmehr zu betonen, daß beide vollkommen verschiedenen Zwecken dienen: das Eigentum der Güterverteilung, die Sachhaftung der Güterbewegung. Wohl hat der Eigentümer als solcher die Befugnis, seine Sachen zu Zwecken seines Kredits auszunutzen und Sachhaftungen an ihnen zu begründen. Aber er ist weit entfernt davon, diejenigen Befugnisse zu haben, die eine bereits begründete Sachhaftung ihrem Inhaber verleiht. Unter diesem Gesichtspunkte können die viel besprochenen Pfandrechte an eigener Sache, insbesondere auch das Pfandrecht an eigener Forderung, die Eigentümerhypothek, Eigentümergrundschuld und das Schiffsgläubigerrecht des Reeders als durchaus normale Gebilde betrachtet werden; besondere Rechtssätze für sie ergeben sich lediglich aus dem Umstande, daß bei ihnen der Eigentümer als Gegeninteressent gegenüber der Sachhaftung fehlt.

2. Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke 37. In Wahrheit ist die Eigentümerhypothek und -grundschuld, wie ihr Name besagt, eine Hypothek oder Grundschuld, die dem Grundstückseigentümer zusteht. Diese Entscheidung ist völlig unabhängig davon, ob man in der Hypothek überhaupt Befugnisse findet, die nicht schon im Eigentum enthalten sind; denn selbst wenn die Hypothek dem Eigentümer keine weiteren Befugnisse zu-

führen könnte, würde daraus nicht, wie manche gemeint haben, die „begriffliche Unmöglichkeit" folgen, daß dem Eigentümer beide Rechte als Rechte zuständen. Denn warum sollte ich die Befugnis zu einer gewissen Behandlung der Sache nicht aus einem und zugleich noch aus einem anderen Grunde haben können? — eine Erscheinung, die dem Obligationenrecht in der Konkurrenz von Ansprüchen längst geläufig ist. ... (39): In einem wichtigen Punkte unterscheidet sich das Rangverhältnis des Eigentums zu den begrenzten dinglichen Rechten von dem dieser Rechte untereinander: es ist nach heutigem Rechte unabänderlich, während die Rangfolge der anderen Rechte untereinander von ihrer Entstehungszeit oder Eintragung abhängig ist und gemäß § 880 noch nachträglich mit dinglicher Wirkung geändert werden kann. ... (40): Freilich ist die Vereinigung von Eigentum und Grundpfandrecht in einer Person für die Wirksamkeit des Grundpfandrechts nicht bedeutungslos. ... Aber alle Schmälerungen des Grundpfandrechts treten zurück hinter der pfandrechtlichen Hauptbefugnis, die der Eigentümer als Gläubiger mit jedem Fremdgläubiger teilt: dem Rechte auf einen bestimmten Betrag, der aus dem Grundstücke zu entnehmen ist; denn wird das Grundstück einmal auf Betreiben eines anderen Berechtigten zur Zwangsvollstreckung beschlagnahmt, so wird die Grundschuld des Eigentümers, wie jedes andere eingetragene Recht, an der ihr durch die Rangordnung zugewiesenen Stelle berücksichtigt. Deshalb ist es nicht angebracht, die Eigentümergrundschuld schlechthin als ruhendes Recht zu bezeichnen. Dagegen wird die Schmälerung des Pfandrechts während seiner Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person treffend als Beschränkung der Ausübung, als teilweises Ruhen charakterisiert, weil nach Veräußerung des Grundstücks die ehemalige Eigentümergrundschuld ohne weiteres, will heißen ohne Inhaltsänderung durch Rechtsgeschäft (§ 877), wieder in allen Beziehungen wie ein normales Grundpfandrecht ausgeübt werden kann.

II. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek. 1. Der Fall der Nichtentstehung der Forderung. Hirschfeld aaO. 132. Die Nichtigkeit der Forderung kann von Anfang an gegeben sein, so z. B. wenn das Schuldverhältnis nur zum Scheine begründet war (§ 117 Abs. 1), oder erst durch Anfechtung der Willenserklärung, die einen Teil des forderungsbegründenden Rechtsgeschäfts ausmachte, hervorgerufen werden (§ 142 Abs. 1). In beiden Fällen steht die Hypothek dem Grundstückseigentümer zur Zeit der Entstehung des dinglichen Rechtes zu. Der Zeitpunkt der Entstehung stimmt mit der Zeit der Eintragung der Hypothek nicht überein. Denn einerseits kann die Hypothek, deren Forderung nachträglich als von Anfang an ungültig anzusehen ist, ohne Eintragung entstanden sein, so wenn die Forderung, zu deren Sicherung ein Auflassungsanspruch verpfändet war, nach der Entstehung, aber vor Eintragung der Sicherungshypothek (§ 1287 Satz 2) angefochten wird; andererseits ist es möglich, daß erst unter einem späteren Eigentümer als dem, der die Hypothek eintragen ließ, die dingliche Einigung zwischen dem — neuen — Eigentümer und dem als Gläubiger Benannten zustande kommt.

2. Der Fall des Erlöschens der Forderung. a) Biermann, ABürgR. **40** 318. (320): Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger, so geht, soweit er von den übrigen Gesamtschuldnern Ausgleichung verlangen kann, die Forderung des Gläubigers gegen diese auf ihn über (§ 426 Abs. 2 Satz 1). Soweit dies nicht der Fall ist, erlischt die Forderung. In Höhe der Ausgleichungsansprüche verwandelt sich dann die Gläubigerhypothek in Hypotheken des Eigentümers, in Höhe des Restes in eine Eigentümergrundschuld. ... Befriedigt ein anderer Gesamtschuldner den Gläubiger, so geht, soweit er von dem Grundstückseigentümer Ausgleichung verlangen kann, die Forderung des Gläubigers gegen diesen auf ihn über. In dieser Höhe erwirbt er auch die dem Gläubiger zustehende

Hypothek. Befriedigt er den Gläubiger nur zum Teil, so geht der diesem verbleibende Teil der Hypothek dem auf den Gesamtschuldner übergegangenen Teile vor. Dies alles ergibt sich aus § 426 Abs. 2. § 1164 bezieht sich auf diesen Fall nicht. **b)** Hirschfeld aaO. 114. Ist es schon streitig, wie der Untergang der Hypothekenforderung im allgemeinen wirkt, wenn das Grundstück im Eigentume mehrerer steht, so herrscht vollends keine Einigkeit über die Rechtsfolgen, die eintreten, wenn einer der Miteigentümer den Hypothekengläubiger befriedigt. In dem Fall, daß die Hypothek das Grundstück als solches, nicht die einzelnen Anteile der Miteigentümer belastet, weil sie z. B. schon zur Zeit des einen Vorbesitzers begründet ist oder von sämtlichen Miteigentümern in Zusammenwirken bestellt worden ist, gelangt man zu der notwendigen Differenzierung, wenn man die Hypothek im Falle des Erlöschens der Forderung unter die Eigentümer im Verhältnis ihrer Eigentumsquoten verteilt, und zwar gleichviel, ob der befriedigende Eigentümer persönlicher Schuldner ist oder nicht. Im ersteren Falle ist sein Teil von der Hypothek, wie die Teile der übrigen Eigentümer, Grundschuld, andernfalls bleibt er (Teil-) Hypothek. Kann der befriedigende Eigentümer von einem der anderen Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen, so geht insoweit auch der Teil der Hypothek, der dessen Miteigentumsquote entspricht, auf ihn über (§ 1164 und argumentum a majore ad minus aus § 1164), falls der befriedigende Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist. Die bisherigen Erörterungen beziehen sich auf Besonderheiten, die für das Eigentümerpfandrecht daraus entstehen, daß das im ganzen belastete Grundstück im Miteigentume mehrerer steht. Es ist aber auch möglich, daß jeder Miteigentümer seinen Anteil selbständig mit einer Hypothek belastet (§§ 747, 1114). Der Hypothekar hat in diesem Falle nur mit dem Eigentümer des belasteten Anteils zu tun. **c)** Hirschfeld aaO. 124. Ein besonderer Fall der Leistung an Zahlungs Statt ist die Hingabe des belasteten Grundstücks selbst; besonders schon dadurch, daß der Eigentümer sich zu dieser Art der Befriedigung erst dann verpflichten kann, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist (§ 1149). Erfolgt die Befriedigung des Gläubigers durch Überlassung des Grundstücks zu Eigentum, so ist der Grundsatz, daß der befriedigende Eigentümer die Hypothek erwirbt, nicht durchführbar. Denn die Befriedigungswirkung tritt erst in dem Zeitpunkt ein, in dem der Gläubiger das Eigentum am Grundstück erwirbt, regelmäßig also mit seiner Eintragung als Eigentümer. Ist der Veräußerer zugleich persönlicher Schuldner, so erlischt damit das Schuldverhältnis (§ 364 Abs. 1), und die gleichzeitig nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 entstehende Eigentümergrundschuld erwirbt der neue Eigentümer, eben der Gläubiger. Diese Lösung ist auch die allein sachgemäße, deren der Gläubiger als Eigentümer des hypothekarischen Rechtes gegen das Aufrücken von Nachhypothekaren so gut bedarf wie sonst der zahlende Eigentümer. Ist der Veräußerer nicht der Schuldner, so erwirbt nach § 1143 Abs. 1 Satz 1 der Veräußerer die Forderung, während das dingliche Recht auch hier dem Gläubiger zufallen muß, weil anders eine Befriedigung des Gläubigers nicht stattfinden kann. **d)** NaumburgAK. 14 24 (Naumburg). Befriedigt ein Dritter den Gläubiger, so erlischt auch hier nach der Regel der §§ 1163 Abs. 1 Satz 2 und 1177 BGB. die Forderung, und der Eigentümer erlangt die Hypothek als Grundschuld. Nur ausnahmsweise erwirbt der befriedigende Dritte Forderung und Hypothek, und zwar — von anderen hier nicht interessierenden Fällen abgesehen — 1. wenn er persönlicher Schuldner ist und vom Grundeigentümer Ersatz verlangen kann (§ 1164 BGB.), und 2. wenn er als Ablösungsberechtigter im Sinne der §§ 1150, 268 BGB. zahlt. **e)** KGJ. **46** 265 (Frankfurt a. M.). Dem nassauischen Pfandgesetze vom 15. Mai 1851 ist die Eigentümerhypothek im Falle der Bezahlung der Forderung durch den Schuldner unbekannt. Ist daher im Gebiete dieses Gesetzes eine Forderung, für die eine Hypothek

bestellt ist, vom Schuldner vor dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt gilt, bezahlt, so ist ein Fortbestehen des dinglichen Rechtes in der Hand des Eigentümers ausgeschlossen.

3. Der Fall des § 1163 Abs. 2. Hirschfeld aaO. 140. Der Übergabeakt ist nicht etwa als rechtsgeschäftliche Verfügung über die Eigentümergrundschuld, sei es Übertragung, sei es Aufhebung, aufzufassen, sondern der Untergang der Eigentümergrundschuld ist die notwendige gesetzliche Folge der Entstehung der Fremdhypothek, welcher das Zwischenrecht das Feld räumt. In diesem Sinne kann man die Eigentümergrundschuld vor Briefübergabe als „vorläufige" von den anderen Arten der Eigentümergrundschuld unterscheiden, die nur durch darauf gerichtetes Rechtsgeschäft aufgegeben werden können.

4. Die Fälle der §§ 868 und 932 ZPO. Hörter-Aschoff, R. **14** 504. Die §§ 868 und 932 ZPO. bedeuten nichts anderes als die Anwendung des § 1163 Abs. 1 BGB. auf die Zwangshypothek und zwar des Abs. 1 schlechthin. Als Forderung liegt der Hypothek die durch den Titel, Arrest oder Urteil verkörperte Forderung, nicht die Forderung als solche zugrunde. Ob die Forderung besteht, ist gleichgültig. Die durch den Titel verkörperte Forderung fällt in sich zusammen, wenn der Titel aufgehoben wird, und das ist so anzusehen, wie wenn sie nie dagewesen wäre. Daraus folgt, daß die Zwangshypothek dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung zusteht. .. Selbst wenn man aber mit dem RG. unterscheiden will, ob die der Zwangshypothek zugrunde liegende Forderung überhaupt bestanden habe oder nicht, und hiernach entweder die §§ 868 und 932 ZPO. in Verb. mit § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. (Übergang auf den früheren Eigentümer) anwenden will, so ergibt sich aus § 1164, daß auch in dem Falle, in dem die Forderung an sich besteht, hiernach aber der Tatbestand des § 868 ZPO. eintritt, die Zwangshypothek dem früheren Eigentümer zufällt. Allerdings trifft dies nur dann zu, wenn der neue Eigentümer die Zwangshypothek übernommen hat und daher ein Ersatzanspruch des früheren Eigentümers und persönlichen Schuldners besteht. Ist das nicht der Fall, so fällt die Zwangshypothek dem neuen Eigentümer zu, ein durchaus befriedigendes Ergebnis.

5. Der Fall des Fehlens der Einigung. a) Schreiber, Schuld und Haftung 335. Die Erkenntnis von der Wesensgleichheit der verschiedenen Formen des Grundpfandrechts ermöglicht ohne weiteres die Anwendung des § 140 BGB.: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde". Der Eigentümer hat über seinen Realkredit in dieser Wertstelle verfügen wollen; so wie er es gewollt hat, war die Verfügung nichtig. Da aber Antrag und Eintragung vorliegen, muß sie zu seinen Gunsten als Eigentümergrundschuld aufrecht erhalten werden. An der Differenz der Bezeichnungen als „Hypothek" oder „Grundschuld" kann man sich nicht mehr stoßen, nachdem einmal klargestellt ist, daß diese Benennungen den Kern der Sache nicht berühren. Man könnte nur einwenden, daß der Eigentümer zur Zeit, als er die Hypothek bestellte, sich nicht statt dessen eine Grundschuld bestellt, sondern das Grundstück in dieser Stelle überhaupt lastenfrei gehalten haben würde. Aber das gerade ist der Punkt, auf den es ankommt: er hätte allerdings damals vielleicht die Eigentümergrundschuld nicht bestellt, weil die in ihr liegende Befugnis, in dieser Wertstelle den Kredit aus dem Grundstücke zu genießen, schon in seinem Eigentum enthalten war. Diesen Erfolg aber hätte er sich sicher bewahren wollen. Wegen der veränderten Verhältnisse kann er ihm jetzt aber nur noch in Gestalt einer Eigentümergrundschuld zur Verfügung gestellt werden. Hierzu sind die Voraussetzungen seinerzeit durch Antrag und Eintragung geschaffen. Nun ist aber der Grundgedanke des § 140 doch offenbar der: Die Parteien wollen nicht juristische Formen, sondern

wirtschaftliche Erfolge. Wenn sie dazu ungeeignete Formen wählen, so muß ihnen ein vernünftiges Recht den Erfolg trotzdem garantieren, wenn sie dessen Voraussetzungen in anderer Form, vielleicht ganz unbewußt, erfüllt haben. So verstanden führt der § 140 kraft des in ihm ausgesprochenen Grundgedankens unmittelbar zu dem Ergebnisse: die Hypothek ohne Einigung ist nichtig, wenn ihr keine anderen Grundlasten nachstehen; sie wird Eigentümergrundschuld, wenn solche nachstehenden Lasten vorhanden sind. b) Hirschfeld aaO. 136. Die herrschende Lehre hat Recht: eine Eigentümergrundschuld erwächst aus einer Fremdhypothek oder -grundschuld nur, wenn die dingliche Einigung wirksam erfolgt ist. Deshalb wird der Eigentümer, der zur Bestellung des Grundpfandrechts durch Betrug oder Erpressung bestimmt worden ist, gut tun, seine Erklärungen nicht anzufechten, sondern wird statt dessen vom Gläubiger nach Schadensersatzrecht (§§ 823, 852 Abs. 2) wegen unerlaubter Handlung Verzicht auf das Grundpfandrecht verlangen, wodurch das dingliche Recht ihm zufällt (§§ 1168, 1192 Abs. 1).

III. Die künftige Eigentümerhypothek. 1. *Röttgen, Zwei grundbuchrechtliche Fragen. Es ist entsprechend Satz 1 und 2 von § 1163 Abs. 1 BGB. zu unterscheiden, ob die Forderung bereits entstanden ist oder nicht. Nur im ersteren Falle liegt eine künftige Eigentümergrundschuld vor. Das Erlöschen der Forderung stellt die gesetzliche Bedingung für den Eintritt dessen, der zu diesem Zeitpunkte Grundstückseigentümer ist, der also zurzeit noch nicht bekannt ist, und gegen den sich auch der Schuldtitel bei einem Eigentümerwechsel nicht richtet, in die bis dahin durch die Grundschuld in keiner Weise beschränkten Rechte des Hypothekengläubigers dar. Gesetzlich bedingte Rechte gelten als künftige im Gegensatze zu den rechtsgeschäftlich bedingten nach §§ 158 ff. BGB. und sind, anders als diese, nur mit Wirkung ex tunc abtretbar und pfändbar, indem sich der Entschädigungstatbestand des Verfügungs- oder Vollstreckungsaktes noch nachträglich verwirklicht. (In den Mot. zur KO. 1485 ff. wird der Regreßanspruch des Bürgen als bedingte Forderung im Sinne von § 67 KO. bezeichnet, wenn er auf einem Auftrage, nicht aber auf der Zession kraft Gesetzes beruht.) Das Grundbuchrecht kennt Eintragungen, z. B. Vormerkungen und Hypotheken für künftige Rechte, jedoch keine Belastung künftiger Rechte — eine Ausnahme bildet allein die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB. —, denn eine solche ist mit §§ 19, 40 GBO., wonach jede Eintragung die Bewilligung des eingetragenen und gegenwärtigen, wenn auch nur rechtsgeschäftlich bedingt Berechtigten erfordert, und auch mit der Rangordnung von § 879 BGB. unverträglich (bestellt beispielsweise der Vertragserbe des A. mit dessen Grundstück für den bösgläubigen B. Hypothek, so ist diese, obschon sie mit dem Tode des A. nach § 185 BGB. wirksam wird, auf dessen Verlangen zu löschen, denn seine selbst späteren aber ex nunc wirkenden Verfügungen gehen ihr vor). Schließlich darf die dem jeweiligen Eigentümer für den Fall, daß er den Gläubiger befriedigt, zufallende Grundschuld diesem nicht im voraus durch Pfändung entzogen werden, weil sonst eine mit Rücksicht auf die nachstehenden Berechtigten unzulässige Verdoppelung der Hypothek eintritt, indem die Hypothekensumme zweimal, an den Gläubiger und nochmals an den Pfandgläubiger zu zahlen ist. — Anders im Falle von Satz 1 von § 1163 Abs. 1 BGB., wenn die Forderung im Grundbuch als eine künftige, aufschiebend bedingte oder bei der Höchsthypothek als eine noch festzustellende bezeichnet ist. Mit der Bestellung einer solchen Hypothek bestellt der Eigentümer gleichzeitig für sich selbst eine ihm auch bei einem Eigentümerwechsel persönlich verbleibende rechtsgeschäftlich — denn er könnte statt dessen eine durch die Entstehung der Forderung bedingte Hypothek bestellen — ebenso wie das Recht des Hypothekengläubigers selbst, aber im entgegengesetzten Sinne aufschiebend bedingte Grundschuld (aM. RG. 72 274). Kommt die Forderung zur Entstehung oder Feststellung (genauer

gesagt bei der Höchsthypothek zur Geltendmachung nach § 866 Abs. 1 ZPO.; denn tritt der Gläubiger die Forderung ohne die Hypothek ab, so trifft ihn nicht der Nachteil von § 1165 BGB. und die Hypothek steht endgültig dem Besteller nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 zu [§ 1190 BGB., aM. RGRKomm. Anm. 5]), so steht die Hypothek dem Gläubiger, andernfalls als Grundschuld dem Besteller zu. Es entsteht also eine Alternativhypothek, deren Zulässigkeit [aM. Güthe, Anm. 4, 5 zu § 48 GBO.] daraus folgt, daß die Hypothek, die der Gläubiger unter einer Bedingung abtritt, für den Fall des Eintritts der Bedingung dem Zessionare, sonst dem Zedenten zusteht. Unter dieser Bedingung wird ein auf die Hypothek bei der Zwangsversteigerung in der Schwebezeit fallender Erlösanteil für beide nach §§ 119, 120 ZVG. hinterlegt und es bestimmen sich die Rechte beider bis zum Augenblicke, wo eine Forderung entsteht oder feststeht, daß keine entstehen kann, nach den Vorschriften über den Nießbrauch in den §§ 1077—1079 BGB. (die Anlegung bestimmt der Grundschuldgläubiger, da ihm die Hypothek zusteht, falls die Bedingung, daß eine Forderung entsteht, ausfällt), die dann auch schon vorher anzuwenden sind. Es muß jeder wie über sein bedingtes Recht an dem hinterlegten Surrogat über sein bedingtes Recht an der Hypothek mit Wirkung ex nunc verfügen können. — Das RG. (**RG. 75** 250) läßt nun die Möglichkeit einer solchen Verfügung dahingestellt sein, verneint aber deren Eintragungsfähigkeit, da nach dem Willen des Gesetzes, welches mit der Hypothek eine durch die Entstehung der Forderung auflösend (richtiger aufschiebend; eine sich in der einmaligen Zahlung einer Geldsumme erschöpfende Hypothek kann nur dann auflösend bedingt sein, wenn sie erlöschen soll, falls der Gläubiger die zulässige Einziehung — ohne dieses Recht liegt höchstens ein auflösend bedingter Nießbrauch an den Zinsen vor — bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder Ereignis unterläßt) bedingte Eigentümergrundschuld ins Leben treten läßt, diese in der Schwebezeit im Grundbuche nicht zur Darstellung zu kommen habe. Hiergegen ist einzuwenden, daß bei einem Eigentümerwechsel der frühere Eigentümer von dem jetzigen die Eintragung verlangen kann (das nach dem Grundbuche nur bedingte Recht des Hypothekengläubigers wird hierdurch zunächst nicht betroffen, wohl aber kann er eintretendenfalls die Eintragung: „die Forderung ist in Höhe von .... zur Entstehung bzw. Feststellung gelangt" unter Löschung entgegenstehender Rechte verlangen), daß die Hypothek ihm, falls eine Forderung nicht entgegensteht oder festgestellt wird, als Grundschuld zusteht, damit sie nicht ohne seine Zustimmung gelöscht oder umgeschrieben, und er als eingetragener Berechtigter bei der Zwangsversteigerung nach §§ 9, 114 ZVG. berücksichtigt werden kann. Nimmt man aber an, daß der Richter vor ihrer Löschung aus dem Grundbuche festzustellen hat, ob der Eigentümer seit ihrer Bestellung gewechselt hat (so Wenz-Wagner Anm. 2 d, Jaeckel-Güthe Anm. 4 zu § 114 ZVG. im Falle der Zwangsversteigerung) und die Zustimmung des früheren Eigentümers zu erfordern hat, trotzdem nach § 891 BGB. vermutet wird, daß das gelöschte Eigentumsrecht nicht besteht und Verfügungen des Eigentümergrundschuldgläubigers und Leistungen an ihn, z. B. die Hinterlegung der Versicherungssumme nach § 1127 BGB. oder der Hypothekensumme bei vorzeitiger Einziehung wegen Gefährdung nach § 1133 BGB. oder nach § 372 BGB., weil der neue Eigentümer nicht recht weiß, ob eine Forderung zur Entstehung gelangt ist, oder nach § 1171 BGB. zwecks Ausschließung des Hypothekengläubigers, oder von Bergbauentschädigungen für ihn und den Hypothekengläubiger in der Schwebezeit nicht durch §§ 892 893 BGB. gedeckt sind, so müßte doch zunächst nach § 40 GBO. (vgl. KGJ. **41** A 248) der Besteller als Gläubiger der bedingten Grundschuld eingetragen werden, selbst wenn sie ihm nicht zusteht, weil er nicht Eigentümer war. Vor Umschreibung der bedingten in eine unbedingte Grundschuld erfolgt ihre Abtretung oder Pfändung nur durch Eintragung; die Vorlage des Briefes und ein Vermerk auf ihm ist ebensowenig wie bei der Vormerkung nach § 1179 BGB. oder dem Eigentümerwechsel erforderlich.

2. **RG. 84** 78, SeuffA. **69** 363. Das RG. hat wiederholt ausgesprochen, daß die Eintragung von Abtretungen, Pfändungen und sonstigen dinglichen Verfügungen bei Eigentümergrundschulden, die künftig möglicherweise für die von den Verfügungen betroffenen Grundstückseigentümer entstehen würden, unzulässig sei, weil eine solche Eintragung, wie sich aus der Grundbuchgesetzgebung ergebe, besonders auch die Vorschrift des § 40 GBO. klarstelle, dem Wesen und Zwecke des Grundbuchs widersprechen würde (**RG. 61** 374, **72** 276, **75** 250, JW. **12** 297 Nr. 17). Hieran ist festzuhalten.

§ 1164. 1. Hirschfeld aaO. 55. Die herrschende Meinung sieht im § 1164 einen Fall gesetzlicher „Forderungsauswechselung". Dafür spricht auch folgende Erwägung. Auf den Eigentümer, der die wegen eines Ersatzanspruchs gegen seinen Sonderrechtsvorgänger (§ 1164) weiterbestehende Hypothek ablöst, müssen billigerweise alle von dem Rechtsvorgänger etwa noch bestellten Sicherungen des Ersatzanspruchs übergehen (§§ 1143 Abs. 1, 401, 412). Hätte der ersatzberechtigte persönliche Schuldner durch Befriedigung des Gläubigers nur eine Grundschuld erworben, so würden dem ablösenden Eigentümer die Vorzüge der Ersatzforderung nicht zugute kommen.

2. Biermann, ABürgR. **40** 318. (321): Vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtschuldners, der nicht der Eigentümer des Grundstücks ist, so gilt nicht § 1164 Abs. 2, sondern § 425 Abs. 2. Indessen wird auch diese Unterscheidung praktisch nicht ins Gewicht fallen. Denn auch gemäß § 425 Abs. 2 wird der Schuldner, der den Gläubiger beerbt, Forderung und Hypothek nur unter Abzug desjenigen Betrags erwerben, den er im Rückgriffswege an die Mitschuldner zu leisten hätte, also nur in Höhe seiner Ausgleichungsansprüche.

§ 1166. 1. a) **RG.** R. **14** Nr. 2464. Die hier dem Gläubiger gegenüber dem persönlichen Schuldner auferlegte Verpflichtung beschränkt sich auf den Gläubiger, der die Zwangsversteigerung „betreibt", d. i. der sie beantragt hat oder nach § 27 ZVG. der bereits eingeleiteten Zwangsversteigerung beigetreten ist. **b)** OLG. **29** 369 (Hamm). Die Verpflichtung, den bei Befriedigung des Gläubigers zur Ersatzforderung gemäß §§ 1164, 1165 berechtigten persönlichen Schuldner zu benachrichtigen, ist dort dem Gläubiger nur für den Fall auferlegt, daß er die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt. Dem betreibenden Gläubiger würde derjenige Gläubiger gleichzustellen sein, dessen Beitritt zu dem Verfahren auf Grund § 27 Abs. 1 ZVG. zugelassen worden ist. Für den nicht betreibenden, auch nicht zugelassenen Gläubiger besteht eine Benachrichtigungspflicht aus § 1166 nicht. Das ergibt der Wortlaut des Gesetzes und dessen Entstehungsgeschichte.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2076. Eine Vermutung dafür besteht nicht, daß der angeblich geschädigte persönliche Schuldner bis zur äußersten Wertgrenze mitgesteigert hätte.

3. R. **14** Nr. 1111 (Naumburg). Nachforschungen nach dem Verbleib des verzogenen Schuldners braucht der Gläubiger nicht anzustellen.

§ 1168. SchlHolstAnz. **14** 285 (Kiel). In der Ausstellung einer Quittung und Löschungsbewilligung hinsichtlich einer Hypothek ist ohne weiteres weder ein Erlaßvertrag, noch ein negativer Anerkenntnisvertrag, noch auch ein Verzicht auf die Hypothek im Sinne des § 1168 BGB. zu finden.

§ 1169. 1. Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke 64. Die Einreden des Eigentümers auf Grund eines zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses werden nur berücksichtigt, wenn sie von dem Grundeigentümer vorgebracht werden, und zerstören, selbst wenn der Eigentümer sie vorschützt, so wenig das hypothekarische Recht des Gläubigers, wie die Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts den Anspruch zerstört. Denn

sonst wären sie im Sinne des BGB. keine Einreden, sondern Einwendungen im engeren Sinne, die von Amts wegen berücksichtigt werden müssen, wie z. B. daß die Hypothek mangels Einigung nicht entstanden sei. Ein weiterer Unterschied dieser Einreden von den Einwendungen gegen das dingliche Recht liegt darin, daß diese durch einen Eigentumswechsel selbstverständlich nicht berührt werden, während der Nachfolger des Eigentümers sich dem Hypothekar gegenüber nicht darauf berufen kann, daß sein Vorgänger aus irgendeinem Grunde berechtigt war, der Geltendmachung der Hypothek zu widersprechen, wenn er sich nicht dessen Rechte besonders hat abtreten lassen. ... Kober § 1169 I a meint, daß bei zerstörlichen Einreden häufig schon der Berichtigungsanspruch nach § 894 zur Entstehung (!) der Eigentümerhypothek führen würde, „ohne daß es des Umwegs des § 1169 bedarf". In Wahrheit steht in keinem Falle, wo eine echte Einrede gegen die Hypothek gegeben ist, dem Eigentümer der Anspruch auf Zustimmung zur Umschreibung der Hypothek auf sich kraft Berichtigungsrechts zu.

2. Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke 68. Eine eigenartige Folge des § 1169 ist, daß die Verjährung eines anderweitigen Verzichtsanspruchs für den Eigentümer unschädlich gemacht wird.

§ 1170. OLG. **29** 277 (KG.). Dem Grundbuchrichter muß für die Frage, ob die Hypothek auch auf dem Trennstück erloschen ist, der Inhalt des nach § 1170 BGB. und §§ 982 ff. ZPO. ergangenen Ausschlußurteils maßgebend sein. Dieses ersetzt die löschungsfähige Quittung (Prot. III 619). Nach dem Urteil ist der Gläubiger der auf Nr. 1 und Nr. 2 eingetragenen Hypothek ausgeschlossen. Zur Zeit der Erlassung des Urteils gehörte aber das Trennstück nicht mehr zum Bestand eines dieser Grundbuchblätter; es ist deshalb vom Urteile nicht betroffen worden. Soweit es für die Hypothek haftet, ist der Gläubiger nicht ausgeschlossen. Dieser konnte insoweit durch das Urteil auch gar nicht ausgeschlossen werden, da schon das Aufgebot die auf dem Trennstücke lastende Hypothek nicht betraf; denn schon zur Zeit der Erlassung des Aufgebots war es abgeschrieben und gehörte nicht mehr zu den Grundstücken Nr. 1 und 2. Unter diesen Umständen ist unerheblich, daß es zur Zeit, als das Aufgebot beantragt wurde, noch Bestandteil der Nr. 1 war.

§ 1173. Schreiber, Schuld und Haftung. Die theoretische Erfassung des § 1173 Abs. 2 hat gewisse Schwierigkeiten bereitet und bildet noch gegenwärtig den Gegenstand von ziemlich weitgehenden Meinungsverschiedenheiten. Zunächst sagt das Gesetz mit keiner Silbe, daß die Rückgriffshypothek „wegen" des Ersatzanspruchs bestehen soll, sondern es sagt nur, daß der Betrag, für den das andere Grundstück in der Gesamthaftung bleibt, durch die Höhe des Ersatzanspruchs begrenzt sein soll. Diese Ausdrucksweise entspricht auch allein dem gesetzgeberischen Gedankengange. Denn soweit der Eigentümer Rückgriff hat, ist es nicht mehr ungerechtfertigt, wenn er seine Kosten auf das andere Grundstück abwälzt. Folglich wird im § 1173 Abs. 2 lediglich die Vorschrift des Abs. 1 aufgehoben, daß die Mithaftung der anderen Grundstücke erlischt; und zwar ganz zutreffenderweise nur in Höhe des Ersatzanspruchs und nur für das betroffene Grundstück. Das wird noch erheblich unterstrichen durch die Tatsache, daß ursprünglich die Bestimmung des Abs. 1 über das Erlöschen der Mithaftungen überhaupt nicht im Gesetze stand und erst auf Grund der mitgeteilten Erwägungen hineingekommen ist. Im Verhältnisse hierzu bedeutet der § 1173 Abs. 2 lediglich die Aufrechterhaltung des ursprünglichen Grundsatzes. Es hieße deshalb dem Gedankengange des Gesetzes schlecht folgen, wenn man nun die Rückgriffshypothek in irgendeinem Sinne als akzessorisch zur Ersatzforderung auffassen wollte. Es wäre auch eine höchst auffallende Erscheinung, wenn kraft Gesetzes für eine Forderung hypothekarische Sicherheit anders als in Form einer Sicherungshypothek gewährt würde.

§ 1175. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 438. Verzichtet der Gläubiger einer Gesamthypothek auf die Hypothek an einem der belasteten Grundstücke, so verliert er dadurch nicht sein dingliches Recht an den anderen Grundstücken; der § 1165 BGB. ist nicht entsprechend anwendbar.

2. Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke 107. Die Gesamtgrundschuld steht den Eigentümern zur gesamten Hand zu.

§ 1176. Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke 109. Tritt der Gläubiger nur einen Teil seiner Resthypothek ab und behält dem ihm verbleibenden Teile den Vorrang vor, so ist nicht abzusehen, wie dadurch das gesetzliche Rangverhältnis zwischen Fremdhypothek und Eigentümerhypothek geändert werden sollte; in der Absicht der Parteien liegt eine solche Rücksichtnahme auf den Eigentümer gewiß nicht, und die ratio legis deckt zwar nur die eine konkrete Hypothek, diese aber in jedem ihrer Teile. Der Vorrang des nicht zedierten Teiles vor dem zedierten fällt demnach fort, wenn der Eigentümer den Gläubiger weiter befriedigt. Dasselbe muß gelten, wenn der Gläubiger einen Teil seiner Hypothek vor Beginn der Befriedigung mit dem Range nach dem Reste zediert hat: durch die von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken untereinander (vgl. § 1151) wollte er sich sichern, nicht den Eigentümer, dem die Hypothek dereinst zufallen wird. Der Eigentümer soll dem Gläubiger keine Konkurrenz machen, deshalb darf die Eigentümerhypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden. Die Möglichkeit einer solchen Geltendmachung entfällt aber, sobald der Eigentümer auch noch den Rest der Hypothek bekommt. Daher liegt gar kein Grund vor, das Rangverhältnis zwischen den Teilen der Hypothek zu verewigen: wie es kraft Gesetzes entstanden ist, verschwindet es ohne weiteres bei Wegfall seiner Voraussetzungen; die sukzessiv erworbenen Teile der Eigentümergrundschuld stehen untereinander zu gleichem Range, auch wenn die Person des Eigentümers während der Abtragung gewechselt hat.

§ 1178. BadRpr. **14** 89 (Karlsruhe). Die auf dem Grundstück des Gemeinschuldners haftende Hypothek für Rückstände von Zinsen erlischt nicht durch die Abtretung des durch die Hypothek gesicherten Zinsanspruchs an den Konkursverwalter.

§ 1179. I. Zulässigkeit der Löschungsvormerkung. 1. **RG. 84** 78, SeuffA. **69** 363. Bei der Verschiedenheit der beiden Ansprüche kann nicht angenommen werden, daß durch die im § 1179 BGB. zugelassene Löschungsvormerkung auch eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Vorrangseinräumung vor einer künftigen Eigentümergrundschuld, sei es auch zugunsten des Gläubigers einer nachstehenden Hypothek, umfaßt werde und daher die Eintragung einer solchen Vormerkung zulässig sei. Gegen Zulassung einer solchen Vormerkung spricht überdies auch, daß besondere Schwierigkeiten und Unübersichtlichkeiten des Grundbuchs entstehen könnten. So beispielsweise, wenn Rangänderungen bewirkt würden: von dem Gläubiger der betroffenen Hypothek; von dem Eigentümerhypothekar zugunsten eines anderen Rechtes; von dem Anspruchsberechtigten hinsichtlich seines Rechtes; oder wenn beim Vorhandensein von Zwischenposten der Eigentümerhypothekar die Eigentümergrundschuld ohne Rücksicht auf die Vormerkung zur Löschung bringen würde. Daher ist dem KG. darin beizutreten, daß die Eintragung einer solchen Vormerkung unzulässig ist. ... Für bereits bestehende Eigentümergrundschulden ist die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Vorrangseinräumung zugunsten der Hypothek der genannten Aktiengesellschaft gemäß § 883 BGB. zulässig. Nach § 40 Abs. 1 GBO. hätte allerdings die Grundstückseigentümerin vor Eintragung der Vormerkung als Grundschuldgläubigerin eingetragen werden sollen. Aber wegen Verletzung dieser Ordnungs-

vorschrift war der Konkursverwalter nicht berechtigt, die Löschung der insoweit nicht unzulässigen von der Gemeinschuldnerin bewilligten Vormerkung zu verlangen.

2. KGJ. **45** 268 (KG.). Der § 1179 BGB. ist eine Ausnahmevorschrift und darf daher nicht auf andere Fälle übertragen werden. Dies hat das RG. im Anschluß an die Entstehungsgeschichte des § 1179 (Prot. III 607) dargelegt (**RG. 72** 277). Das KG. schließt sich dieser Auffassung unter Aufgabe seines früheren abweichenden Standpunkts (KGJ. **33** A 284) an.

3. Die Entsch. des BayObLG. in JDR. **12** zu § 1179 Ziff. I 1 auch RJA. **13** 152.

4. *Kreß, BayNotZ. **15** 41. Die Vormerkung des Anspruchs auf Einräumung des Ranges einer künftigen Eigentümergrundschuld ist weder auf Grund des § 883, noch des § 1179 BGB., noch einer sonstigen Gesetzesbestimmung zulässig. § 883 hat ein bereits bestehendes dingliches Recht zur Voraussetzung; nur der schuldrechtliche Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke darf ein künftiger oder bedingter sein. Die gegenteilige Meinung verwechselt den gegenwärtigen Anspruch auf eine künftige Leistung mit dem künftigen Anspruch auf eine gegenwärtige Leistung. § 1179 kann deshalb nicht herangezogen werden, weil der Rangrücktritt grundsätzlich etwas anderes ist als eine teilweise Löschung. „Löschen" kann man nur den rechtlichen Gehalt einer Hypothek, d. i. das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstücke. BGB. (§§ 875 ff.) kennt auch nur diesen Begriff der „Löschung". Der „Rangrücktritt" dagegen berührt nur den wirtschaftlichen Wert der Hypothek. Daran ändert die Tatsache, daß der Gesetzgeber die Rangänderung mit dinglichem Charakter ausgestattet hat, nichts (gegen BayObLG. **14** 320).

5. *Ricks, DJZ. **14** 225. Die Löschungsvormerkung des § 1179 BGB. ist nicht nur streng für die Fälle der Vereinigung von Eigentum und Hypothek in einer Person, sondern auch für andere in gleicher Richtung liegende Fälle, z. B. auch dafür als eintragungsfähig gegeben, daß auf eine vorgehende Grundschuld nicht das gesamte Baugeld gegeben werden sollte. AM. Heinitz, DJZ. **13** 1432. S. auch zu § 883 BGB.

6. Oberneck, DNotV. **14** 11. Zur Erhaltung des Anspruchs auf den Rangrücktritt zukünftiger Eigentümergrundschulden ist zugunsten einer nachstehenden Post die Eintragung einer Vormerkung gemäß § 1179 BGB. zulässig.

7. Koeberlé, ElsLothNotZ. **14** 285. Der „andere" braucht nicht immer eine bestimmte Person zu sein, sondern er kann auch der jeweilige Inhaber eines bestimmten Rechtes sein, ja die Einräumung einer Vormerkung nach § 1179 einem Hypothekengläubiger gegenüber ist sogar für die Regel so aufzufassen, daß im Zweifel der Anspruch dem jeweiligen Inhaber der Hypothek zustehen soll und nicht auf die Person des ursprünglichen Gläubigers beschränkt bleibt. Daß das vertragsmäßige, durch die Vormerkung gesicherte Löschungsrecht abtretbar ist, hat bereits **RG. 52** 11 anerkannt. Der § 1179 begreift nun alle Fälle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in sich (vgl. §§ 1163, 1168, 1170—1177). Allerdings kann der Eigentümer die Verpflichtung zur Löschung auf einen oder mehrere dieser Fälle beschränken, was jeweils Auslegungsfrage ist. Denn wie jedem Hypothekengläubiger, so steht auch dem Inhaber einer Eigentümerhypothek die Entschließung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen er die Hypothek löschen lassen will, völlig frei (**RG. 52** 8).

II. Wirkung der Löschungsvormerkung. 1. **RG.** WarnE. **14** 457. Eine Vormerkung des § 1179 kann die Bedeutung haben, daß auch dann, wenn und soweit die Hypothekenforderung nicht zur Entstehung gelangt, ein Anspruch auf Löschung gegen den Grundstückseigentümer gegeben und von der Vormerkungssicherung mitumfaßt sein soll. Denn nach § 1163 Abs. 1

Satz 1 BGB. steht die Hypothek, wenn die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist, dem Eigentümer zu und ist daher auch in einem solchen Falle die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt (vgl. **RG. 52** 9). Jedoch scheint eine Verpflichtung zur Löschung, wenn sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ihrem Wortlaute nach einen erst künftig eintretenden Tatbestand zur Voraussetzung zu haben, während das Nichtbestehen der Hypothekenforderung ein bereits gegenwärtig gegebenes ist. Deshalb ist eine Vormerkungseintragung mit jenem Inhalte hinsichtlich der Frage, ob auch wegen Nichtentstehung der Hypothekenforderung ein Anspruch auf Löschung gegeben und ein solcher Anspruch durch die Vormerkung gesichert sein soll oder nicht, verschiedener Auslegung im einzelnen Falle fähig (vgl. **RG.** JW. **08** 275 Nr. 11). Wo in Urteilen des erk. Sen. die Bedeutung solcher Vormerkungseintragungen dahin, daß sie den Fall der Nichtentstehung der Hypothekenforderung mitumfaßten, der Entscheidung zugrunde gelegt worden, ist entweder diese Bedeutung der Eintragung nicht streitig gewesen (vgl. **RG. 63** 153, JW. **14** 299) oder ist kein Anlaß gefunden, die Auslegung der Berufungsgerichte zu beanstanden, die sich auf andere aus dem Grundbuche sich ergebende Umstände, namentlich darauf stützte, daß die Vormerkungen bei Baugeldhypotheken eingetragen waren, deren Forderung regelmäßig erst durch Zahlungen des Baugeldgebers je nach dem Fortschreiten des Baues zur Entstehung gebracht werden soll (vgl. u. a. WarnE. **11** Nr. 193, **12** Nr. 393).

2. Baer, ZBlFG. **14** 570 (580). Bei der Auffassung des Wesens der Löschungsvormerkung als eines selbständigen, mit der Hypothek rechtlich nicht zusammenhängenden, dinglich gestalteten Anspruchs, wie sie allgemein in Theorie und Praxis der Gerichte herrscht, werden die Grundbuchämter in die unangenehme Lage gedrängt, gesetzwidrig Löschungen vorzunehmen, wenn sie nicht einen von dieser herrschenden Anschauung abweichenden Standpunkt einnehmen wollen. Den Beteiligten, die davon ausgehen, daß die Löschungsvormerkung mit der Hypothek steht und fällt, fällt es einerseits gar nicht ein, Löschungsanträge bezüglich der Vormerkungen zu stellen, einen Zwang zur Herbeiführung solcher Anträge kann das Grundbuchamt nicht anwenden, andererseits kann auch nicht von Amts wegen die Löschungsvormerkung als gegenstandslos im Grundbuche gelöscht werden, man müßte denn den von Ricks für die ähnlichen Fälle der Löschung von Auflassungsvormerkungen und die Nacherbenvermerke vorgeschlagenen Weg wählen, den Eintrag einer gegenstandslosen Vormerkung als inhaltlich unzulässigen Eintrag nach § 54 GBO. und den Löschungsantrag als der Absicht der Beteiligten entsprechend gestellt zu erachten. Es bleibt nun aber für jeden Grundbuchbeamten auch entgegen seiner Anschauung von der selbständigen Natur der Löschungsvormerkung dann nichts anderes übrig, als die Löschungsvormerkung auch ohne Antrag mit der Wirkung einer Löschung zu tilgen, wenn das alte Grundbuchblatt abgeschlossen und ein neues Grundbuchblatt für das Grundstück angelegt wird.

3. **RG.** JW. **14** 298. Eine Löschungsvormerkung kann durch nachträgliche Vereinbarungen des Schuldners und des Gläubigers nicht beeinträchtigt werden.

4. **RG.** R. **14** Nr. 932. Ist einer Baugeldersicherungshypothek der Vorrang eingeräumt worden, so kann die Rechtslage des zurücktretenden Hypothekengläubigers, zu dessen Gunsten eine Vormerkung gemäß § 1179 BGB. eingetragen worden ist, durch eine nachträgliche Vereinbarung des Baugeldgebers und des Schuldners, z. B. einer Provision für Belassung und weitere Stundung der Hypothekenforderung über den ursprünglichen Fälligkeitstermin hinaus, nicht beeinträchtigt werden.

5. Stillschweig, JW. **14** 605. Der am häufigsten vorkommende Fall ist der, daß einer zur Sicherung der Baugeldforderung eingetragenen Grundschuld seitens des Gläubigers einer anderen Post (gewöhnlich der Restkaufgeldhypo-

thek) der Vorrang eingeräumt wird, und daß der zurücktretende Gläubiger sich zum Schutze gegen die Gefahr der Nichtvalutierung des Baugeldes die Löschungsvormerkung eintragen läßt. Diese Vormerkung ist freilich wirkungslos; dabei bleibt es; aber der zurücktretende Gläubiger bedarf ihrer zu seinem Schutze auch gar nicht. Denn nach ständiger und sehr zu billigender Rechtsprechung des RG. gilt im Zweifel der Vorrang nur insoweit eingeräumt, als das Baugeld wirklich gezahlt ist (vgl. **RG. 76** 373 ff. und die dort angeführten Entsch.). Das RG. hat diesen Grundsatz, den es bisher nur für Baugeldhypotheken auszusprechen Gelegenheit gehabt hatte, neuerdings auch für den Fall der Baugeldgrundschuld ausgesprochen; um zu einer für den zurücktretenden Gläubiger günstigen Entscheidung zu gelangen, bedurfte es hiernach gar nicht eines Eingehens auf die Frage, welche Bedeutung der Löschungsvormerkung zukam. Freilich bleibt immer noch die mit dem gutgläubigen Erwerbe der Grundschuld verknüpfte Gefahr.

§ 1180. 1. RJA. **13** 128, KGJ. **45** 282 (KG.). Hat der Eigentümer die Hypothek als Hypothek erworben, so kommt eine „Umwandelung" in eine andere Hypothek nicht in Frage (§ 1198 BGB.). Dagegen kann unter Beibehaltung der Belastungsform eine Auswechselung der gesicherten Forderung gegen eine andere Forderung stattfinden (§ 1180 BGB.). Ist die Hypothek dagegen zur Grundschuld geworden, so ist eine Forderungsauswechselung gemäß § 1180 BGB. nicht möglich, da eine durch eine andere Forderung zu ersetzende Forderung nicht vorhanden ist. Wohl kann jedoch in diesem Falle die Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt werden (§ 1198 BGB.). . . . Allerdings hat das KG. in dem Beschl. vom 15. März 1906 (RJA. **7** 151) die Umschreibung einer von dem Eigentümer erworbenen Hypothek auf den Namen eines neuen Gläubigers für zulässig erklärt, ohne daß es der Feststellung bedürfe, ob der Eigentümer die Hypothek als Eigentümerhypothek oder als Eigentümergrundschuld erworben habe, da in den Fällen des § 1180 BGB. einerseits und des § 1198 BGB., verbunden mit der Abtretung des dinglichen Rechtes andererseits sowohl die Voraussetzung wie die Wirkung die gleiche sei. An dieser Rechtsauffassung kann jedoch nach erneuter Prüfung nicht festgehalten werden. Sie berücksichtigt nicht, daß die erwähnten Rechtsvorgänge einen verschiedenen grundbuchmäßigen Ausdruck finden müssen. Denn die Grundbuchvermerke haben nicht nur den formellen Vorgang der Einschreibung in das Grundbuch zu kennzeichnen, sondern darüber Auskunft zu geben, durch welchen Rechtsakt das materielle Recht geändert ist (KGJ. **40** 268 ff., bes. 270). Dieser Rechtsakt ist aber in beiden Fällen wesentlich verschieden, und dementsprechend müssen auch die Grundbuchvermerke verschieden lauten. Handelt es sich um eine Forderungsauswechselung (§ 1180 BGB.), so ist sie entsprechend dem Vermerke 3 in Abt. III Sp. 7 des amtlichen Grundbuchformulars einzutragen, es ist also zu buchen: „Umgeschrieben für . . . mit der Maßgabe, daß an die Stelle der bisherigen Forderung eine . . . Forderung gesetzt wird." Der Buchung des dieser Auswechselung vorausgehenden Überganges der Hypothek auf den Eigentümer bedarf es nicht; denn wie das KG. in ständiger Praxis angenommen hat, ist, wenn durch eine Eintragung das Recht des Eigentümerhypothekars betroffen wird, dem § 40 Abs. 1 GBO. dadurch genügt, daß der Gläubiger als Eigentümer eingetragen ist. Handelt es sich dagegen um eine Umwandelung der zur Grundschuld gewordenen Eigentümerhypothek, verbunden mit der Abtretung des dinglichen Rechtes, so genügt nicht der Umwandelungs- und Abtretungsvermerk, sondern es muß auch gebucht werden, daß die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen war; denn anderenfalls wäre der Vermerk, da es eine Umwandelung einer Hypothek in eine Hypothek gleicher Art nicht gibt, inhaltlich unverständlich. Der Vermerk würde also in diesem Falle zu lauten haben: „Abgetreten mit den Zinsen seit . . . an den . . unter Umwandelung der zunächst als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangenen Hypothek in eine Hypothek für eine Forderung aus . . ."

(KGJ. **39** A 245). Hat hiernach das Grundbuchamt die Grundbuchvermerke verschieden zu wählen, je nachdem der eine oder der andere Fall vorliegt, so muß ihm auch dargelegt und, soweit erforderlich, nachgewiesen werden, ob es sich im Einzelfall um einen Fall des § 1180 oder des § 1198 BGB. handelt, und hierzu bedarf es nach den vorstehenden Ausführungen des Nachweises, ob der Eigentümer die Hypothek als Hypothek oder als Grundschuld erworben hat. Für diesen Nachweis genügt, da es sich um einen Fall der Berichtigungsbewilligung handelt, die Angabe des Eigentümers (KGJ. **36** A 256, **39** A 242).

2. KGJ. **45** 286 (KG.). Bei der Höchstbetragshypothek kann eine Forderungsauswechselung in der Art stattfinden, daß an die Stelle eines Forderungskreises ein anderer tritt. Der Umstand, daß eine zu dem alten Forderungskreise gehörige Einzelforderung, etwa infolge Schuldnerwechsels, in den neuen Forderungskreis eingetreten ist, steht dieser Auswechselung nicht entgegen. Die Eintragung einer Forderungsauswechselung bei der Höchstbetragshypothek darf in der Regel nur mit Zustimmung des Bestellers erfolgen, falls nicht nachgewiesen ist, daß nach dem Ergebnisse der vorbehaltenen Feststellung die pfandgesicherte Forderung den eingetragenen Höchstbetrag erreicht. . . . Diese Auffassung entspricht im Ergebnisse den Ausführungen von Kettnaker, WürttZ. **09** 200, **10** 38; Herold, ZBlFG. **10** 195 ff. AM. zum Teil zufolge ihrer abweichenden Grundauffassung über den Erwerb der Eigentümerhypothek bei der Höchsthypothek v. Staudinger, BGB. (7/8) § 1190 Anm. 9; Güthe, GBO. (3) 1706; Rost, WürttZ. **09** 65, 289, **10** 38; Landauer, ZBlFG. **12** 359 f.

§ 1181. R. **14** Nr. 59 (Colmar). Wird eine Sicherungshypothek nur für einen Teilbetrag der gesicherten Hauptsumme gelöscht, so bleibt die Hypothek gleichwohl für die, für den gelöschten Teilbetrag noch geschuldeten, rückständigen Zinsen weiterbestehen.

§ 1182. Schreiber, aaO. 331. Aus dem bei § 1173 angegebenen Grunde ergibt sich, daß der ersatzberechtigte Eigentümer, aus dessen Grundstücke der Gesamthypothekar befriedigt worden ist, nach § 1182 BGB. nicht Hypothek wegen seiner Ersatzforderung, sondern Grundschuld erwirbt.

§ 1183. OLG. **29** 373 (Dresden). Verpflichtung des Sicherungshypothekars gegen den Eigentümer, wenn jener dem Käufer des Grundstücks einen zu hohen Schuldbetrag in Rechnung stellt.

§ 1184. 1. **RG.** R. **14** Nr. 933. Eine Sicherungshypothek für „alle Verbindlichkeiten, die der Schuldner dem Gläubiger gegenüber aus Holzlieferungen eingegangen ist", erstreckt sich nicht auf alle Verpflichtungen aus dem Holzlieferungsvertrag, insbesondere nicht auf eine Schadensersatzforderung wegen teilweiser Nichterfüllung des Holzlieferungsvertrags. Dies gilt jedenfalls gegenüber einem Gläubiger, der der Sicherungshypothek den Vorrang eingeräumt und sich durch eine Vormerkung nach § 1179 BGB. gesichert hat.

2. BayObLG. **15** 70 (BayObLG.). Eine in das Hypothekenbuch eines pfälzischen Hypothekenamts eingeschriebene Hypothek galt von dem Zeitpunkt an, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen war, solange sie nicht auf Grund des Art. 2154 C. c. erloschen war, kraft Gesetzes ohne Eintragung im Anlegungsverfahren als Sicherungshypothek im Sinne des § 1184 BGB. Diese Sicherungshypothek war, soweit nicht die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ein anderes mit sich brachten, als dingliches Recht auch ohne Eintragung in das Grundbuch gegen jedermann wirksam; die Wirkung erlosch, wenn nicht inzwischen die Eintragung in das Grundbuch erfolgte, mit dem ungenutzten Ablaufe der Frist des Art. 2154 C. c.

§ 1186. 1. ZBlFG. **14** 465, SächsOLG. **35** 50, OLG. **29** 371 (Dresden). Bei der Umwandelung einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek ist für diese ein Brief nur zu erteilen, wenn dies von den Beteiligten besonders bestimmt wird

(vgl. SächsOLG. **28** 135 ff.; RJA. 8 282; RGRKomm. § 1116 Anm. 2, § 1186 Anm. 1 und Güthe II 1633). Allerdings hätte es danach einer auf Ausschließung der Erteilung des Briefes gerichteten Vereinbarung der Beteiligten nicht bedurft. Andererseits kommt in Betracht, daß die Frage bestritten ist und in der Literatur sonst im gegenteiligen Sinne beantwortet wird. Mit Rücksicht hierauf empfiehlt es sich, zur Vermeidung von Zweifeln, auch ohne einen darauf gerichteten Antrag der Beteiligten, in dem Umwandelungsvermerke hervorzuheben, daß die Hypothek Buchhypothek geblieben ist (vgl. Güthe aaO.). Der Grundsatz, daß zur Entlastung des Grundbuchs überflüssige Eintragungen zu vermeiden sind, darf nicht überspannt werden. Insbesondere steht nichts entgegen, einen an sich nicht nötigen, aber zur Verhütung von Unklarheiten dienlichen Vermerk mitaufzunehmen, wenn der Vermerk, wie hier, keine besondere Eintragung erforderlich macht, sondern nur einer sowieso erforderlichen Eintragung hinzugefügt zu werden braucht. Die Gefahr einer Überfüllung des Grundbuchs ist hiermit nicht verbunden.

2. ZBlFG. **14** 465, SächsOLG. **35** 50, OLG. **29** 371 (Dresden). Zu der Umwandelung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek bedarf der Vormund (Pfleger) des Gläubigers nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

§ 1187. 1. **RG.** WarnE. **14** 104. Für Inkassowechsel kann eine Sicherungshypothek des Indossatars nicht haftbar gemacht werden, insbesondere nicht zum Nachteil eines nachstehenden Hypothekars, für den nach § 1179 BGB. eine Vormerkung eingetragen ist.

2. *Simon, Die Interimsscheine. § 25: Die nicht volleingezahlten Interimsscheine für Anleihen sind des hypothekarischen Schutzes insoweit teilhaftig, als das Anleihegläubigerrecht bereits besteht, Interimsscheine, die nur das Recht auf Gewährung von Schuldverschreibungen verbriefen, genießen den hypothekarischen Schutz dagegen nicht.

§ 1189. **Vorbemerkung: Der nachstehende Bericht bezieht sich auf den früheren Gesetzgebungszustand. Dieser ist durch das Gesetz vom 14. Mai 1914 (RGBl. 121) in einigen Punkten geändert worden.**

1. KGJ. **45** 275 (KG.). Die nachträgliche Bestellung eines Grundbuchvertreters aus § 1189 BGB. erfordert nach materiellem Rechte (§§ 873, 877 BGB.) die Einigung des Grundstückseigentümers mit sämtlichen Gläubigern der Teilschuldverschreibungen, nach formellem Rechte (§§ 19, 44 Abs. 1 GBO.) die Bewilligung dieser Beteiligten unter Vorlegung der Schuldverschreibungen. Diesen Rechtsgrundsatz hat das KG. in Übereinstimmung mit der Literatur bereits in einer früheren Entsch. (KGJ. **30** A 284) aufgestellt und ihn damit begründet, daß durch die Bestellung eines solchen Vertreters das Recht der Gläubiger insofern betroffen werde, als es wesentlich beschränkt, die Verfügungsbefugnis ihnen entzogen und auf den Vertreter übertragen werde. Nun kann zwar diese Begründung deshalb nicht im vollen Umfang aufrechterhalten werden, weil die Gläubiger neben dem Treuhänder aus § 1189 BGB. ihr Verfügungsrecht über die Hypothek nicht völlig verlieren können (Prot. III 676; Güthe, GBO. [3] 1773 Ziff. 3 b; Predari, GBO. § 43 Anm. 3; Fuchs, GBR. §§ 1187 ff. BGB. Anm. 21; Oberneck, GBR. [4] 2 § 159 Ziff. 6 a; Planck, BGB. [3] § 1189 Anm. 2; RGRKomm., BGB. § 1189 Anm. 1; v. Staudinger, BGB. [7/8] § 1189 Anm. III). Gleichwohl stellt aber die nachträgliche Bestellung des Treuhänders stets eine Inhaltsänderung der Hypothek dar, durch die die Rechte der Gläubiger deshalb betroffen werden, weil neben ihnen und unabhängig von ihrem Willen noch der Treuhänder zur Verfügung über die Hypothek berechtigt wird. Zur nachträglichen Bestellung des Vertreters aus § 1189 bedarf es also der Bewilligung sämt-

licher Teilschuldverschreibungsgläubiger (KGJ. aaO.; OLG. Karlsruhe, BadRpr. **09** 177; Güthe aaO. 1773 Ziff. 1 b; Predari aaO.; Fuchs aaO. Anm. 25, 26; Oberneck aaO. Ziff. 6 e; Planck aaO. Anm. 6; v. Staudinger aaO. Anm. IV 2; aM. anscheinend, aber ohne nähere Begründung RGRKomm. aaO. Anm. 2). Diese Bewilligung ist aber auch dann erforderlich, wenn nur an Stelle eines schon vorhandenen Treuhänders ein neuer treten soll. Denn jeder Gläubiger hat an der Persönlichkeit, insbesondere der Vertrauenswürdigkeit und der Kreditfähigkeit dessen, der neben ihm zur Verfügung über die Hypothek befugt sein soll, ein berechtigtes Interesse (vgl. auch OLG. Karlsruhe aaO.).

2. KGJ. **45** 275 (KG.). Bei einer Sicherungshypothek für Forderungen aus Inhaberschuldverschreibungen bedarf es zur nachträglichen Eintragung eines Vertreters aus § 1189 BGB. oder zur Eintragung eines solchen Vertreters an Stelle eines bereits eingetragenen jedenfalls dann der Bewilligung sämtlicher Schuldverschreibungsgläubiger (nicht nur einer nach dem Gesetz, betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, berufenen Gläubigerversammlung oder eines von dieser bestellten Gläubigervertreters), wenn in dieser Hinsicht bei der Begründung der Hypothek nicht abweichende Bestimmungen getroffen sind und wenn dem Vertreter Befugnisse beigelegt werden sollen, welche über den Rahmen der Befugnisse eines nach jenem Gesetze bestellten Gläubigervertreters hinausgehen.

3. KGJ. **45** 270 (KG.). Das Gericht kann nicht auf Grund des Gesetzes, betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, den Vertreter der Gläubiger zur Berufung der Gläubigerversammlung ermächtigen, wenn dieser für die Berufung einen anderen Zweck angibt, als er vorher dem Schuldner gegenüber bei Stellung des Verlangens, die Versammlung zu berufen, angegeben hat. Ein gemäß § 1189 BGB. bestellter Vertreter der Gläubiger kann die Treuhänderschaft nicht gegenüber einer nach Maßgabe des angeführten Gesetzes berufenen Gläubigerversammlung kündigen.

4. KGJ. **45** 275 (KG.). Ein gemäß § 1189 BGB. bestellter Vertreter kann sich mangels abweichender rechtsgeschäftlicher Bestimmungen im Einzelfall einen Nachfolger nicht bestellen.

5. *Predari, GruchotsBeitr. **58** 88. Die Frage, ob die nach dem SchuldverschreibungsG. vom 4. Dezember 1899 berufene Gläubigerversammlung für den weggefallenen Grundbuchvertreter einen Nachfolger bestellen könne, ist von mehreren Oberlandesgerichten, insbesondere auch vom KG. verneint. Nach dieser Rechtsprechung ist den Beteiligten der durch den § 1189 BGB. gewiesene Weg in allen oder fast allen Fällen verschlossen, in denen für den Ersatz des Grundbuchvertreters in dem ursprünglichen Bestellungsgeschäfte keine Vorsorge getroffen ist. Verf. versucht den Nachweis, daß auch nach Lage der bestehenden Gesetzgebung die Frage bejaht und damit zu einem befriedigenden Rechtszustande gelangt werden könne. Es läßt sich sehr wohl sagen, daß das SchuldverschreibungsG. (§ 16 Abs. 3) mit der getroffenen Entscheidung der Abberufungsfrage stillschweigend als die selbstverständliche Folge bestimmt hat, daß die Einsetzungsfrage sich nach seinem sonstigen Inhalte, wonach die Gläubigerversammlung zur Wahrnehmung der Interessen der Inhaber der Schuldverschreibungen berufen ist, erledige. Damit werden die Grenzen der Auslegung nicht überschritten. Vielleicht kann auch das Bestellungsgeschäft in diesem Sinne ausgelegt werden. Verf. verhehlt sich dabei nicht, daß bei der Zweifelhaftigkeit der Sache und bei der Ungewißheit, ob eine Änderung der Rechtsprechung erwartet werden darf, das Erwünschteste ein schleuniger Eingriff der Gesetzgebung wäre, durch den die vorhandenen Bedenken beseitigt würden.

§ 1190. I. Zulässigkeit der Höchstbetragshypothek. 1. PosMSchr. **14** 40 (Marienwerder). Im vorliegenden Falle ist die Sicherungshypothek von Anfang an für beide Gläubiger, aber ebenfalls in der Weise eingetragen, daß

das Grundstück dem Z.-Vereine nur soweit haften solle, als die Hypothek nicht von der Klägerin in Anspruch genommen werde. Sieht man auch mit dem RG. die Eintragung für den Z.-Verein für wirksam an, so folgt daraus auch im vorliegenden Falle nicht, daß der die Klägerin betreffende, an sich ganz selbständige Teil der Eintragung unwirksam ist. Mit gesetzlichen Vorschriften steht dieser Teil der Eintragung nicht im Widerspruch, und auch rechtsgeschäftlich war die Bewilligung der Eintragung für die Klägerin von der Eintragung für den Z.-Verein nicht abhängig (§ 139 BGB.).

2. Jung, BayNotZ. **15** 202 (208): Im Interesse der Rechtssicherheit und der Gebührenersparung halber empfiehlt es sich, bei Höchstbetragshypotheken für Bank- oder sonstigen Kredit in die Urkunde die Bestimmung aufzunehmen und deren Eintragung in das Grundbuch zu beantragen: „Die Bank (der sonstige Gläubiger) ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, diesen Kredit auch den allgemeinen Rechtsnachfolgern des Kreditnehmers und seinen Nachfolgern im Eigentume des verpfändeten Grundstücks im ganzen oder in beschränktem Umfange weiterzugewähren. Für diesen Fall soll die Hypothek als auch zur Sicherheit aller aus dem fortgesetzten Kreditverhältnisse für die Bank erwachsenden Ansprüche in Haupt- und Nebensache bestellt gelten." Die Eintragungsfähigkeit dieser Bestimmung, welche nach **RG. 75** 245, RJA. **11** 117 (JDR. **10** zu § 1113 Ziff. IV 1) zweifelhaft war, wurde vom Bay. ObLG. in seinen Beschlüssen vom 11. Mai und 21. August 1912 (JDR. **12** zu § 1190 Ziff. I 1, 2) bejaht.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2465. Eine unbedingte Gesamthypothek liegt nicht vor, wenn für den Ausfall einer Verkehrshypothek auf einem anderen Grundstück eine Sicherungshöchstbetragshypothek bestellt ist.

4. OLG. **29** 373 (KG.). Aus § 1190 Abs. 1 folgt, daß eine Höchstbetragshypothek nicht für eine festbestimmte Forderung eingetragen werden darf. . . . Ist die Höchstbetragshypothek für eine bestimmte Kaufgeldforderung eingetragen, so ist sie in sich widerspruchsvoll und darum inhaltlich unzulässig (Gruchots Beitr. **52** 1069; KGJ. **40** 393 [KG.]; Güthe, GBO. 1702, 1703), also von Amts wegen zu löschen.

II. Die Forderung bei der Höchstbetragshypothek. 1. KGJ. **46** 176 (KG.). Damit nach erfolgter Feststellung zweifelsfrei beurteilt werden kann, ob die festgestellte Forderung zu denjenigen gehört, für die nach der Absicht des Bestellers die Hypothek in Anspruch genommen werden kann, muß aus der Eintragung und demgemäß auch aus der Eintragungsbewilligung ersichtlich sein, welcher Art die Forderung oder der Kreis der Forderungen ist, für die das belastete Grundstück haften soll.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1112. Eine für alle Ansprüche aus dem Wechselverkehre mit einem Dritten bestellte Sicherungshypothek deckt an und für sich nicht den Verlust aus gefälschten Akzepten; anders wenn diese gefälschten Wechsel lediglich zwecks Prolongation gegen Zurückgabe echter genommen wurden.

3. Kretzschmar, ZBlFG. **15** 37. (42): Die Zwangsversteigerung des Grundstücks bringt eine Beendigung des der Hypothek zugrunde liegenden Kreditverhältnisses nicht mit sich; hat das Verhältnis nicht sowieso schon sein Ende erreicht, so besteht es auch über den Verteilungstermin hinaus fort (vgl. Jäckel-Güthe, Anm. 6; Reinhards Handausgabe [3] Anm. 6 b; Wenz-Wagner, Anm. 2 d; Wolff, Anm. 1 a zu § 114; Steiner, Anm. 2 zu § 119 ZVG.; Kretzschmar, ZVG. 252 ff.). An die Stelle der durch den Zuschlag erloschenen Hypothek tritt dann der vom Versteigerungserlös auf die Hypothek zugeteilte Betrag in der Weise, daß er dem Gläubiger auch für die ferner aus dem Rechtsverhältnis entstehenden Forderungen haftet und es dem Gläubiger freisteht, ob er das ihm zur Zeit des Verteilungstermins zustehende Guthaben schon liquidieren oder ob er sich den ganzen auf die Hypothek entfallenden Betrag für die

Zukunft vorbehalten will; tut er ersteres, so bleibt ihm trotz seiner Liquidation der Rest verhaftet, für den Eigentümer oder den Besteller der Hypothek wird der Rest erst frei, soweit nach der endgültigen Feststellung, die bei dem Erlöschen des der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses stattzufinden hat, etwas davon übrig bleibt. Nur wird der Gläubiger, der einen bestimmten Betrag anmeldet, einen entsprechenden Vorbehalt machen müssen, wenn er vermieden wissen will, daß seine Liquidation als ein Verzicht auf den Rest des Erlöses angesehen und der Rest deshalb dem Eigentümer oder dem Besteller der Hypothek zugeteilt wird.

4. Kretzschmar, ZBlFG. **15** 37. (46): Der Konkurs des Grundstückseigentümers oder Bestellers der Hypothek übt nur insofern Einfluß auf die Höchstbetragshypothek aus, als das der Hypothek zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinschuldner und dem Gläubiger besteht, und deshalb Leistungen, die nach der Eröffnung des Konkurses vom Gläubiger auf Grund des Vertragsverhältnisses an den Schuldner und nicht zu Händen des Konkursverwalters bewirkt werden, keine gegenüber den Konkursgläubigern wirksame Forderung begründen, mithin auch bei einer während des Konkursverfahrens stattfindenden Feststellung des Betrags der Forderung außer Betracht zu bleiben haben.

III. Die Höchstbetragshypothek als Eigentümerhypothek. 1. **RG.** WarnE. **14** 460, GruchotsBeitr. **58** 665. Nach einer ständigen Rechtsprechung ist zwischen dem Falle des ersten Satzes des § 1163: daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, und dem Falle seines zweiten Satzes: daß die Forderung erlischt, zu unterscheiden und steht die Hypothek (als Grundschuld) nur im ersten Falle dem Eigentümer zur Zeit ihrer Eintragung, im zweiten dagegen demjenigen zu, der Eigentümer zur Zeit des Erlöschens der Forderung war (vgl. namentlich **RG. 55** 220 Nr. 51, **78** 404 Nr. 90). Dies gilt für alle Hypotheken, auch die Sicherungs- und insbesondere die Höchstbetragshypothek (vgl. auch **RG. 75** 249, 250 Nr. 60), allerdings für diese mit der Maßgabe, daß sie so lange zur Verfügung des Gläubigers bleibt, bis das Rechtsverhältnis, zu dessen Sicherung sie bestimmt ist, seinen endgültigen Abschluß gefunden hat, so daß weitere Forderungen daraus nicht mehr entstehen können (s. **RG. 56** 323 Nr. 80).

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 665, WarnE. **14** 460. Dem Grundstückseigentümer steht der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung einer Hypothek nicht zu, wofern die Forderung von einem Rechtsvorgänger getilgt und auf diese als Eigentümergrundschuld übergegangen ist. Auch für die Höchstbetragshypothek gilt der Satz, daß sie vor Entstehung der Forderung dem Eigentümer zusteht. — Auch bei der Höchstbetragshypothek ist der Anspruch auf teilweise Löschung begründet, wenn die Forderung festgestellt und teilweise erloschen ist.

3. **RG.** WarnE. **14** 37. Soweit Ansprüche, zu deren Sicherung die Höchstbetragshypothek dient, nicht bestehen, wird oder bleibt diese Eigentümerhypothek richtiger Eigentümergrundschuld (s. **RG. 75** 245). In jedem Falle ist daher ein dinglich Berechtigter für sie vorhanden, sie besteht fort und vom Nachrücken der im Nachrang eingetragenen dinglich Berechtigten in ihren Rang kann keine Rede sein. Dies hat auch der Zwangsversteigerungsrichter zu beachten. Er muß nach § 114 ZVG. an sich den Höchstbetrag der Hypothek für den eingetragenen Berechtigten in den Teilungsplan aufnehmen. Wird ihm aber eine vom Grundbucheintrag abweichende Berechtigung, sei es des jetzigen oder früheren Eigentümers des Grundstücks oder eines Rechtsnachfolgers des eingetragenen Gläubigers an der Höchstbetragshypothek angemeldet und glaubhaft gemacht (§§ 114, 37 Ziff. 4 ZVG.), so hat er diese anderweitige Berechtigung in den Plan einzuschreiben und es etwaigen in diesem Range Gegenberechtigten zu überlassen, im Wege des sofortigen Beschwerdeverfahrens oder des späteren Widerspruchsverfahrens Planabänderung her-

beizuführen. Einen nicht anmeldenden, ihm unbekannten Berechtigten kann er nicht berücksichtigen und selbst, wenn er bei Prüfung der Anmeldungen und Glaubhaftmachungen einen Fehler begehen würde, so würde dadurch das Verteilungsverfahren zwar mittels Beschwerde oder Widerspruchs angreifbar, aber keineswegs hinfällig und nichtig, der Verteilungsplan bliebe, soweit er nicht angegriffen wird, in Kraft. Keinesfalls kann ein an der gültigen Vorhypothek nicht berechtigter Nachmann bloß wegen etwaiger Verstöße des Zwangsversteigerungsrichters bei Einsetzung Vorberechtigter in den Teilungsplan oder wegen Nichtberechtigung eines in den Rang der gültigen Vorhypothek Eingesetzten erfolgreichen Widerspruch gegen den Verteilungsplan erheben. Diesen Grundsatz hat das RG. nicht nur in der angezogenen Entscheidung (**RG. 68** 60), sondern sehr häufig in ständiger Rechtsprechung angewendet (vgl. z. B. **RG. 78** 63). Von ihm abzugehen, liegt nicht der mindeste Anlaß vor.

4. MecklZ. **32** 175 (Rostock). Solange der persönliche Schuldner und der Eigentümer des Grundstücks dieselbe Person ist, bleibt die Sicherungshypothek für den ganzen jeweiligen Umfang des bestehenden Schuldverhältnisses bei Bestand, ohne Rücksicht darauf, ob und welche Zwischenzahlungen seitens des Schuldners an den Gläubiger gemacht sind, und dem Schuldner, der zugleich Eigentümer ist, gegenüber würde die Weigerung des Gläubigers, die Sicherungshypothek aufzugeben, solange und insoweit berechtigt sein, als der Gläubiger noch nicht befriedigt ist und in die Lage kommen kann, seine Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen. Hat der persönliche Schuldner nach Bestellung der Sicherungshypothek das Eigentum an dem belasteten Grundstück auf einen Dritten übertragen, so wird dessen Verpflichtung, der nur als Eigentümer haftet und nicht auch zugleich persönlicher Schuldner geworden ist, schlechterdings in ihrem Höchstbetrag auf die eingetragene Summe beschränkt.

5. KGJ. **45** 286 (KG.). Das KG. vertritt jetzt die Ansicht, daß die Höchsthypothek, wenn sie für die dem Gläubiger gegen den Eigentümer künftig entstehenden Forderungen bestellt ist, zunächst nach §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB. als vorläufige, durch Entstehung der Forderungen auflösend bedingte Grundschuld dem Eigentümer zusteht und vom Gläubiger erst erlangt wird, wenn und soweit die Forderung zur Entstehung gelangt (**RG. 75** 250, JW. **12** 402 Nr. 24). Dieser von Predari, GBO. (2) 334 f.; Arnheim, GBO. (2) 527; RGRKomm., BGB. (2) § 1190 Anm. 1 geteilten Auffassung (aM. Güthe, GBO. [3] § 22 Anm. 14) war nach nochmaliger Prüfung beizutreten. Nach § 1113 Abs. 1 BGB. gewährt die Hypothek dem Inhaber das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke wegen einer ihm zustehenden Forderung. Das materielle Gläubigerrecht setzt also den Bestand einer Forderung voraus. Hiervon macht auch der § 1113 Abs. 2 keine Ausnahme, wenn er vorschreibt, daß die Hypothek auch für eine künftige Forderung bestellt werden kann. Die Hypothek entsteht in einem solchen Falle zwar sofort, sie gebührt aber zunächst dem Eigentümer und wird von dem Gläubiger erst erworben mit der Entstehung der Forderung (**RG. 51** 43 u. d. herrsch. Ans.; aM. Güthe, GBO. [3] 533 § 22 Anm. 14). Es besteht, wie das **RG. 75** 250 hervorhebt, in der Tat kein ausreichender Anlaß, die Höchsthypothek für eine künftige Forderung insofern anders zu behandeln als eine andere Hypothek für eine künftige Forderung.

6. *Kretzschmar, ZBlFG. **15** 37—78. Die Höchstbetragshypothek steht, auch wenn sie für eine künftige Forderung bestellt wird, dem Gläubiger sofort und nicht erst mit dem Entstehen der Forderung zu. Erst wenn das Nichtentstehen der Forderung endgültig feststeht, liegt der im § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmte Tatbestand vor und „ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt"; erst mit diesem Zeitpunkte geht die Hypothek als Grundschuld auf den Besteller über. — Wenn

daher der Gläubiger auch, solange die Forderung nicht entstanden ist, nicht Befriedigung aus dem Grundstücke verlangen kann, so stehen ihm doch die Ansprüche aus §§ 1134, 1135 BGB. zu. Besitzt der Gläubiger also nicht ein bloß formelles Recht, sondern ist er wirklicher Hypothekengläubiger, so kann die Hypothek nicht daneben noch dem Eigentümer als Grundschuld zustehen, auch nicht als auflösend bedingte, wie das **RG. 75** 250 annimmt. — Ist die Höchstbetragshypothek, wie es die Regel bildet, nicht sowohl für eine einzelne bestimmte Forderung bestellt, als vielmehr für alle Forderungen, auch die künftigen, die aus einem gewissen Rechtsverhältnis entstehen, so lassen einzelne Zahlungen des Schuldners den Bestand der Hypothek unberührt und die Hypothek verbleibt dem Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung im ganzen Umfange. Die Zahlungen, die vor der Feststellung der Forderung im Sinne des § 1190 Abs. 1 BGB. erfolgen, haben also nicht das Entstehen einer Eigentümergrundschuld nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. (wegen Erlöschens der Forderung) zur Folge, sondern sind lediglich Faktoren für das Nichtentstehen einer festzustellenden Forderung und können zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld nur nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 führen. Eine Ausnahme hiervon findet statt, wenn die Anrechnung der Zahlung auf den Höchstbetrag vereinbart und die Hypothek aus diesem Anlaß aufgehoben oder auf den Eigentümer umgeschrieben wird, was dieser verlangen kann, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist.

7. Schreiber, Schuld und Haftung 332. Für die Höchstbetragshypothek ergibt sich von dem hier vertretenen Standpunkt (Bericht zu § 1163 Ziff. I 1) aus ganz selbstverständlich, daß sie sofort als Gläubigerhypothek entsteht. Und zwar ist sie, da ja nach § 1190 BGB. die Forderung, für die das Grundstück haftet, in diesem Falle erst künftig festgestellt werden soll, Hypothek für künftige Forderung. Der Gläubiger hat demnach aus der Hypothek das Anrecht, zur Befriedigung wegen künftig noch festzustellender Forderungen den Höchstbetrag zu bekommen; wegen dieses Anrechts hat er sachenrechtliche Deckung am Grundstücke. Dieser Sachverhalt bleibt offenbar unverändert bestehen, bis die Forderung festgestellt und dadurch erst aus einer künftigen zu einer gegenwärtigen geworden ist. In dieser Zeit kann für eine Eigentümergrundschuld nur dadurch Platz geschaffen werden, daß der Höchstbetrag verringert, also das Anrecht, das dem Gläubiger zusteht, vermindert wird, etwa indem dieser auf einen Teil der Höchstbetragshypothek verzichtet. Irgendwelche Veränderung der Forderung, Zahlung von welcher Seite es auch sei, hat aber darauf gar keinen Einfluß; denn für die Hypothek ist und bleibt die Forderung eine künftige. Damit erklärt es sich auch, daß nach § 1190 Abs. 4 „die Forderung" ohne die Hypothek nach allgemeinen Vorschriften abgetreten werden kann. Denn das, was da abgetreten wird, ist gar nicht die Forderung, für die die Hypothek da ist, sondern es ist nur ein Grundstock für die erst demnächst festzustellende Forderung.

Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1191. RG. JW. **14** 872. Der schuldrechtliche Anspruch des Eigentümers auf Übertragung einer nicht valutierten Grundschuld kann durch Vertrag der Beteiligten geändert und schon von vornherein bei der Grundschuldbestellung ausgeschlossen werden.

§ 1192. 1. **RG.** JW. **14** 196, GruchotsBeitr. **58** 1038. Der Eigentümer des mit einer Grundschuld behafteten Grundstücks kann gegenüber der Grundschuld mit einer ihm gegen den Grundschuldgläubiger zustehenden persönlichen Forderung aufrechnen.... Es folgt dies aus § 1142 Abs. 1, 2 BGB., wonach der für eine Hypothek lediglich dinglich haftende Grundstückseigentümer den Hypothekengläubiger auch durch Aufrechnung befriedigen kann, und aus der Anwendung dieser Vorschrift

auf die Grundschuld gemäß § 1192 BGB. Diese Anwendung ist nicht etwa deswegen ausgeschlossen, weil die Grundschuld nicht, wie die Hypothek, eine Forderung voraussetzt. Denn die durch die Hypothek gesicherte Forderung kommt bei der dem Eigentümer gestatteten Aufrechnung gegenüber dem dinglichen Anspruch aus der Hypothek nicht in Betracht. Auch der Umstand, daß die Grundschulden oder Hypotheken zur Konkursmasse des Gemeinschuldners gehören, steht der Aufrechnung nicht entgegen. Wie aus den §§ 53 ff. KO. sich ergibt, kann der Gläubiger des Gemeinschuldners, sofern nicht einer der hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefälle im § 55 vorliegt, seine Forderung ebenso zur Aufrechnung stellen, wie wenn über das Vermögen des Gemeinschuldners nicht der Konkurs eröffnet ist, und braucht er, soweit er zur Aufrechnung befugt ist, seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen. Daher kann der Grundstückseigentümer gegen eine sein Grundstück belastende Hypothek oder Grundschuld mit einer ihm zustehenden Forderung auch dann aufrechnen, wenn über das Vermögen des Hypotheken- oder Grundschuldgläubigers der Konkurs eröffnet worden ist (JW. **10** 704 Nr. 2).

2. Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke 70. Die Regeln über den Verzicht auf die Hypothek sind auf Grundschulden nicht ohne weiteres anwendbar, weil diese eine Forderung nicht voraussetzen (§ 1192 Abs. 1). Zwar sind Form und Wirkungen des Verzichts bei Einzel- und Gesamtgrundschulden die gleichen wie bei Hypotheken (§§ 1168, 1175), aber die Voraussetzungen, unter denen der Eigentümer vom Gläubiger den Verzicht verlangen kann, sind wesentlich verschieden. Der Grundschuld ist eigentümlich, daß sie sich weder bei ihrer Entstehung noch zu ihrem Fortbestehen an eine persönliche Forderung anzulehnen braucht (§ 1191 Abs. 1). Daraus folgt, daß noch viel weniger Einreden, die dem Schuldner einer im besonderen Falle durch die Grundschuld gesicherten Forderung gegen diese Forderung zustehen, von dem Eigentümer gegenüber der dinglichen Klage geltendgemacht werden können. § 1137 ist auf Grundschulden nicht anwendbar.

3. BadRpr. **14** 21 (Karlsruhe). Die Anwendung des § 1157 (mit § 1192) BGB. auf die dingliche Klage des Klägers als dritten Erwerber hinsichtlich der Einrede aus der Forderung ist ausgeschlossen, da die Forderung und somit die daraus sich ergebende Einrede nach dem Grundschuldrecht auf das persönliche schuldrechtliche Verhältnis zwischen den Beklagten als den Bestellern und V. H. als dem Empfänger der Grundschuld beschränkt ist, sonach Rechtsbeziehungen aus der Forderung zwischen den Beklagten und dem Kläger als dritten Erwerber nicht entstanden sind.

§ 1194. OLG. **29** 365 (Posen). Der Eigentümer eines belasteten Grundstücks ist allerdings nach §§ 1144, 273 nur verpflichtet, einen hypothekarisch gesicherten Anspruch Zug um Zug gegen Einwilligung in die Löschung der Hypothek zu erfüllen, und demgemäß berechtigt, seine Leistung bis zur Aushändigung der zur Löschung erforderlichen Urkunden zurückzubehalten (vgl. RGRKomm. § 1144 Abs. 2, SeuffA. **65** 114). Dieses Recht gewährt ihm jedoch nur eine im Prozesse geltend zu machende verzögerliche Einrede mit der Wirkung, daß er nicht zur Leistung schlechthin, sondern nur zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt wird. Darum kann er aus dem Fehlen eines dahin gehenden Anerbietens in der Zahlungsklage des Hypothekars Einwendungen nicht herleiten, denn zur Begründung der Klage gehört die Verpflichtung des Hypothekars zur Zug-um-Zug-Leistung der löschungsfähigen Quittung nicht (vgl. Planck § 284 Anm. 4).

§ 1195. OLG. **29** 376 (KG.). Nach § 1195 Satz 2 finden auf den Inhabergrundschuldbrief die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung; hiernach ist auch § 795 BGB. anwendbar, wonach Inhaberschuldverschreibungen, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme ver-

sprochen wird, nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen (vgl. **RG.** **59** 381, KGJ. **20** 105). Darüber, welche Rechtswirkungen ein Verstoß gegen diese Vorschriften bei der Inhabergrundschuld hat, insbesondere, ob die Grundschuld, falls der in Verkehr gebrachte Brief wie hier mangels Staatsgenehmigung nichtig ist, gleichfalls nichtig ist, oder sie als Eigentümergrundschuld zu gelten hat, herrscht in der Rechtslehre keine Übereinstimmung. Nichtigkeit der Grundschuld nimmt Bürgner (GruchotsBeitr. **57** 295) an. Dagegen erachten Staudinger, Note 29, Biermann, Note 2 zu § 1195, Güthe, GBO. § 43 Note 7, Predari 326 eine Eigentümergrundschuld für vorhanden. Der Standpunkt des RG. ist aus dem Urteile **RG.** **59** 387 nicht mit völliger Sicherheit zu erkennen. Einer Entscheidung der Streitfrage bedarf es hier nicht.

§ 1197. Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke 44. So wenig im Falle nachträglicher Vereinigung einer verpfändeten Grundschuld mit dem Eigentum am Grundstücke die Zinsrechte des Pfandgläubigers geschmälert werden, liegt ein Grund vor, dem Pfandgläubiger den dinglichen Zinsanspruch als Haftungsgegenstand zu entziehen, wenn das Pfandrecht erst nach der Umwandelung der verzinslichen Hypothek in eine Eigentümerhypothek (§ 1177 Abs. 2) bestellt wird. Denn der grundsätzliche Ausschluß der Zinshaftung bei Eigentümergrundschulden (§ 1197 Abs. 2) ist erfolgt, weil vor der Zwangsverwaltung die Grundstückseinkünfte dem Grundeigentümer gebühren, die Zinsen aber als eine Belastung dieser Einkünfte erscheinen. Nicht etwa hat die Rücksicht auf die Nachhypothekare bei der gesetzlichen Regelung mitgesprochen; denn durch Abtretung seines Grundpfandrechts an einen Dritten kann der Eigentümer jederzeit den Zinsanspruch zum Leben erwecken. Da aber dem Pfandgläubiger ein Anteil an den Grundstückseinkünften nicht zusteht, so trifft der Grund, aus dem die Zinshaftung des Grundstücks für den Eigentümer ausgeschlossen ist, ihm gegenüber nicht zu. Nicht mehr als von einem Zessionar steht ferner von dem Pfandgläubiger an der Eigentümerhypothek zu befürchten, daß er das Recht, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen der Zinsansprüche zu betreiben, mißbrauchen könnte. Deshalb ist dem Pfandgläubiger an einer Hypothekenforderung oder Grundschuld des Eigentümers — im Gegensatze zum RG. — auch das Recht auf Zinsen aus dem Grundstücke zuzusprechen.

§ 1198. Jäger, LeipzZ. **13** 59. Anspruch auf Umwandelung eines Grundpfandrechts und Fälligkeitsabrede im Konkurse.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 1204. 1. **RG.** R. **14** Nr. 216. Es ist zuzugeben, daß ein abstrakter Vertrag, daß insbesondere eine Pfandbestellung oder eine Abtretung regelmäßig nicht ohne Rechtsgrund vorgenommen wird, daß der Rechtsgrund in vielen Fällen durch einen gleichzeitig abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrag hergestellt wird, und daß dieser Vertrag nicht unter allen Umständen eines besonderen Ausdrucks bedarf, sondern in dem dinglichen Vertrage mit enthalten sein kann. Dies ist jedoch nicht immer der Fall. Namentlich bei einer Pfandbestellung für die Schuld eines anderen liegt die Annahme nahe, daß sie auf einem zwischen diesem anderen und dem Pfandbesteller abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrag und der dadurch begründeten Verpflichtung beruht und nicht auf einem schuldrechtlichen Vertrage zwischen Pfandbesteller und Pfandgläubiger.

2. Schreiber, Schuld und Haftung 281. Der Pfandgläubiger hat nur ein Anrecht, das inhaltlich durch seine Forderung bestimmt ist, wegen dieses Anrechts aber zwei Deckungen, nämlich die schuldrechtliche gegen den Schuldner und die sachenrechtliche am Pfandobjekt.

3. Biermann, ABürgR. **40** 318. (325): Bestellung eines Pfandrechts an einer beweglichen Sache zur Sicherung einer Gesamtforderung bedeutet rechtlich Bestellung von soviel gleichrangigen Pfandrechten, als Gesamtgläubiger vorhanden sind. Diese Pfandrechte stehen als akzessorische Rechte in demselben Verhältnisse zueinander wie die Forderungen selber. Damit die Pfandrechte gleichen Rang haben, ist es notwendig, daß sie sämtlich zu gleicher Zeit bestellt werden, d. h. daß die Gläubiger gleichzeitig den Besitz an der verpfändeten Sache erhalten. Da es indessen nur selten möglich sein wird, sämtlichen Gläubigern das Pfand zu übergeben, so wird die Übergabe regelmäßig an einen gemeinsamen Vertreter (Besitzdiener oder vermittelnden Besitzer) sämtlicher Gläubiger erfolgen. ... (331): Sind die Pfandgläubiger Gläubiger einer unteilbaren Forderung, so sind ebenfalls soviele selbständige Forderungen wie Gläubiger vorhanden. Daraus ergibt sich, daß ebensoviele gleichen Rang besitzende Pfandrechte vorhanden sind. Damit sie entstehen, müssen sämtliche Gläubiger zu gleicher Zeit Besitzer des Pfandes werden. Das Pfand muß also in ihren gemeinschaftlichen unmittelbaren oder mittelbaren Besitz treten. ... (334): Im Falle einer Gesamthandsforderung (Forderung von Gesellschaftern, Ehegatten in Gütergemeinschaft, Miterben) gehört auch das zur Sicherung derselben bestellte Pfandrecht zum Gesamthandsvermögen. Seine rechtliche Behandlung ist nicht in allen Fällen der Gesamthand die gleiche. Sollen Gesellschafter Pfandgläubiger werden, so muß der Besitz des Pfandes sämtlichen Gesellschaftern eingeräumt werden. ... Bei der ehelichen Gütergemeinschaft ist der Besitz des Pfandes dem Manne einzuräumen (§ 1443), bei einer fortgesetzten dem überlebenden Ehegatten (§ 1487). ... (338): Wird eine mehreren Gläubigern zustehende teilbare Forderung durch Pfand gesichert, so ist die Rechtslage dieselbe, wie wenn Pfandrechte zur Sicherung von zwei selbständigen Forderungen bestellt würden. Das Pfand haftet ganz für jede Teilforderung, es sind soviele Pfandrechte vorhanden wie Forderungen, sie haben alle den gleichen Rang.

4. Die Entsch. des KG. JDR. **12** zu § 1204 auch OLG. **29** 377.

5. **RG.** JW. **14** 681. Nach Inhalt des Vertrags vom 12. Mai 1911 war der Kläger verpflichtet, diejenigen Waren, welche im Geschäftsbetriebe der Verpfänderin gebraucht wurden, zu diesem Zwecke freizugeben. In Erfüllung dieser Verpflichtung hat der Kläger nach der Feststellung des Berufungsrichters jeden Morgen die Schlüssel zu den Geschäftsräumen und zu den Warenschränken an die Schuldnerin herausgegeben und diese hat den Tag über völlig freien Zutritt zu den Waren gehabt. Erst am Abend, nach Geschäftsschluß, sind die Schlüssel an den Kläger wieder zurückgegeben, und dieser hat sie dann während der Nacht bei sich behalten. Der Berufungsrichter ist der Meinung, daß ein solches Verfahren nicht geeignet gewesen sei, dem Kläger ein Pfandrecht zu verschaffen. ... Allein was zunächst die Nachtzeit anbelangt, so waren die zur Entstehung eines Pfandrechts erforderlichen Voraussetzungen zweifellos gegeben. Gläubiger und Schuldner waren darüber einig, daß jenem ein Pfandrecht zustehen sollte, und die Übergabe war in völlig ausreichender Weise dadurch vollzogen worden, daß die Schuldnerin die Schränke und Geschäftsräume verschlossen und dem Gläubiger die Schlüssel ausgehändigt hatte. Ob Dritte hiervon etwas wahrnehmen konnten, ist unerheblich; es genügte, daß der Kläger die verpfändeten Sachen nunmehr in seinem Gewahrsame hatte, und daß die Schuldnerin ohne seine Zustimmung nicht tatsächlich darüber verfügen konnte (§ 1205 BGB., vgl. auch **RG. 77** 209). Bei Tage lag die Sache aber wesentlich anders. Dadurch, daß der Kläger am Morgen die Schlüssel an die Schuldnerin wieder herausgab, verlor er den Pfandbesitz, und damit erlosch das Pfandrecht (§ 1253 BGB.). Zwar hat er sich von der Lageristin H. eine schriftliche Erklärung dahin ausstellen lassen, daß sie die Schlüssel nur dazu benutzen werde, den Kunden

Waren vorzuzeigen, und daß sie ohne seine Erlaubnis Waren weder aus dem Geschäfte herausgeben noch zur Verarbeitung verabfolgen werde. Auf Grund dieser Erklärung wurde die Lageristin aber nicht Besitzdienerin des Klägers, blieb vielmehr nach wie vor Besitzdienerin der Frau W., so daß auch die Bestimmung des § 855 BGB. dem Kläger nicht zustatten kommen kann. Bei Tage war demnach der Besitz des Klägers nicht nur nicht erkennbar, sondern er war überhaupt nicht vorhanden.

§ 1210. Biermann, ABürgR. **40** 318. Wenn ein Gesamtschuldner dem Gläubiger ein Pfand bestellt, so kann dies in doppelter Absicht geschehen. Der Pfandbesteller kann entweder nur die gerade gegen ihn bestehende Forderung oder er kann die Forderungen gegen sämtliche Gesamtschuldner sichern wollen. Ob das eine oder das andere zutrifft, ist Auslegungsfrage. ... Im ersten Falle ist das Pfandrecht sowohl Pfandrecht für eigene als auch für fremde Schuld. Die Haftung des Pfandes bestimmt sich nach § 1210 BGB. Es haftet daher auch für die Forderungen des Gläubigers gegen die übrigen Gesamtschuldner im jeweiligen Bestande dieser Forderungen. Erweitert sich die Schuld eines Gesamtschuldners durch Verzug oder Verschulden, so erweitert sich auch die Pfandhaftung. Nur durch ein Rechtsgeschäft, das ein anderer Gesamtschuldner als der Pfandbesteller nach der Verpfändung vornimmt, wird die Pfandhaftung nicht erweitert (§ 1210 Abs. 1 Satz 2). ... Das Pfandrecht erlischt erst dann, wenn die Forderungen gegen sämtliche Schuldner erloschen sind (§ 1252).

§ 1215. OLG. **29** 380 (KG.). Nach § 1215 hat der Pfandgläubiger das Pfand zu verwahren, hierauf finden die §§ 688 ff. BGB. entsprechende Anwendung. Dem Gläubiger kommt aber nicht der § 690 zugute, wonach der Verwahrer nur für die Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Der Verpfänder übergibt dem Gläubiger die Pfandsache nicht deshalb, weil er ihn im Vertrauen auf seine Befähigung zum Verwahrungsgeschäft als Verwahrer ausersehen hat — wie dies bei dem Verwahrungsvertrage gemäß § 688 der Fall ist —, sondern zur Sicherheit des Gläubigers, also in dessen Interesse, und weil die Übergabe zur Bestellung des Pfandes notwendig ist. Infolgedessen geht die Haftung des Gläubigers weiter als die des Verwahrers; er hat gemäß § 276 für jede Fahrlässigkeit einzustehen.

§ 1223. 1. **RG.** R. **14** Nr. 359. Auch bei der Sicherstellung durch fiduziarische Eigentumsübertragung ist der Gläubiger nicht verpflichtet, bei Erhebung des Anspruchs auf Befriedigung die Rückübertragung des Eigentums anzubieten.

2. OLG. **29** 381 (Naumburg). § 1223 spricht nur von den Verpflichtungen des Pfandgläubigers und demzufolge den Voraussetzungen einer gegen ihn gerichteten Klage auf Rückgewähr des Pfandes, entscheidet dagegen nicht die Frage, ob sich der persönliche Gläubiger, wenn er die Schuld einklagt, infolge eines Zurückbehaltungsrechts des persönlichen Schuldners an seiner Leistung eine Einschränkung der Verurteilung auf bloße Leistung Zug um Zug gegen Rückgewähr des Pfandes gefallen lassen muß. Diese Frage scheint allerdings die neuere Rechtsprechung (JW. **06** 545 Nr. 10, **10** 391 Nr. 10, **12** 1060 Nr. 2) zugunsten des Schuldners zu bejahen. Hierin kann ihr aber nicht gefolgt werden. Das Pfand ist seinem Begriffe nach dazu bestimmt, den Gläubiger wegen der Erfüllung seiner Forderung zu sichern; die Forderung muß daher erst getilgt sein, ehe die Verpflichtung zur Rückgewähr entstehen kann; erst nach dem Erlöschen des Pfandrechts ist, wie es auch § 1223 Abs. 1 ausdrückt, der Gläubiger zur Rückgabe verpflichtet.

3. OLG. **29** 383 (Dresden). Die Verpflichtung des Pfandgläubigers, dem hinsichtlich der Pflichten und Rechte der fiduziarische Eigentümer von ihm sicherungshalber übertragenen Sachen im wesentlichen gleichzustellenist, geht nach § 1223 Abs. 1

nur auf Rückgabe der Pfandstücke nach dem Erlöschen des Pfandrechts, also nach Befriedigung des Pfandgläubigers (SeuffA. 62 105). Eine Verurteilung Zug um Zug würde das namentlich einem vermögenslosen Schuldner gegenüber besonders wertvolle Recht des Pfandgläubigers vereiteln, zunächst unter Absehen von Vollstreckungsmaßnahmen, durch Veräußerung des Pfandes seine Befriedigung zu suchen. Veräußerte er, ohne hierdurch volle Befriedigung zu erlangen, so würde er sich die Vollstreckung wegen des ungedeckten Restes aus dem Schuldtitel selbst abschneiden, da er die Zug-um-Zug-Leistung sich unmöglich machen würde.

§ 1225. **RG.** R. **14** Nr. 1433. Verpfändet der Ehemann Hypothekenforderungen der Frau für seine persönlichen Schulden und verwendet er demnächst diese Hypothekenforderungen zur Befriedigung seiner Gläubiger, so erlangt die Ehefrau einen persönlichen Ersatzanspruch gegen den Mann, der nach §§ 1225, 1273 BGB. in der Form gewährt wird, daß die Pfandforderung auf die Ehefrau übergeht. Diesen Anspruch kann die Frau nicht dadurch verlieren, daß sie sich mit der Verwaltungshandlung, aus welcher ihr Ersatzanspruch hervorgeht, einverstanden erklärt.

§ 1228. **RG.** R. **14** Nr. 3013. Eine Pflicht des Pfandgläubigers zur sofortigen Pfandveräußerung besteht nicht.

§ 1233. **RG.** WarnE. **14** 10. Die von dem Berufungsgerichte hinsichtlich der Sorgfaltspflichten des Klägers bei der Veräußerung offengelassene Frage, ob die Vorschriften der §§ 1233 ff. BGB. über die Art und Weise des Pfandverkaufs auch für denjenigen gelten, dem Sachen sicherungshalber übereignet worden sind, ist zu verneinen. Die Sicherungsübereignung stellt den Gläubiger freier als die Pfandbestellung; er verkauft die zur Sicherheit übereigneten Gegenstände als sein Eigentum, nicht kraft dinglichen Rechtes an fremder Sache; seine Sorgfaltspflicht bei der Veräußerung bestimmt sich nach dem persönlichen Auftragsverhältnis, in welchem er zum Übereigner und Schuldner steht.

§ 1242. Über *Altenburg, KGBl. **14** 136 vgl. oben Ziff. 9a zu § 929.

§ 1249. **RG.** **83** 390, DJZ. **14** 439. Wenn der § 1249 BGB. den Fall, daß mehrere Sachen verschiedener Dritteigentümer zum Pfande gegeben sind, nicht vorgesehen hat, so folgt daraus nur, daß das Gesetz ihn von der allgemeinen Regel des § 1249 nicht ausgenommen hat. Darum darf nicht angenommen werden, daß in jenem Falle das Einlösungsrecht nur von allen beteiligten Pfandeigentümern gemeinschaftlich ausgeübt werden könne. Der Kläger hat die ganze Forderung bezahlen müssen und dürfen. In der Befriedigung des Gläubigers und dem Rechtsübergang auf den Einlösenden erschöpft sich die Wirkung zwischen diesen beiden. Welche Wirkung der Vorgang für die anderen Pfandeigentümer habe, ist eine Frage, die den Gläubiger nichts angeht. Es bedarf deshalb nicht der Untersuchung, ob zwischen dem Einlösenden und den anderen Pfandeigentümern eine Gemeinschaft bestehe, und ob und in welcher Gestalt sich hieraus eine Auseinandersetzungspflicht des Einlösenden ergebe. Der Widerspruch des W.schen Nachlaßpflegers gegen die Einlösung durch den Kläger ist unberechtigt gewesen. Nach § 267 Abs. 2 BGB. hat allerdings der Schuldner das Recht, der Leistung durch einen Dritten zu widersprechen, und im Falle solchen Widerspruchs kann der Gläubiger die Leistung des Dritten ablehnen. Diese allgemeine Regel muß aber der Sonderbestimmung des § 1249 gegenüber weichen. Die Zurückweisung der angebotenen Zahlung und die Verletzung des gesetzlichen Einlösungsrechts ist zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs geeignet. Das Einlösungsrecht ist dinglicher Art.

§ 1252. 1. PosMSchr. **14** 91 (Marienwerder). Für das Erlöschen des Pfandrechts an einer Hypothek hat das BGB. keine besonderen Vorschriften. Es sind hierfür die für das Pfandrecht an beweglichen Sachen

bestehenden Bestimmungen maßgebend. Nach § 1210 BGB. haftet das Pfand für die Forderung in deren jeweiligem Bestande; gemäß § 1252 erlischt das Pfandrecht erst mit der Forderung, für die es besteht. Es bleibt mithin das Pfandrecht an der ganzen verpfändeten Sache oder dem ganzen verpfändeten Recht, insbesondere auch der ganzen verpfändeten Hypothek bestehen, bis die Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht bestellt ist, völlig erloschen ist. Die Beklagte ist also nicht verpflichtet, die Löschung des Pfandvermerkes auch nur bezüglich eines Teiles der Hypothek zu bewilligen, solange nicht feststeht, daß die Beklagte bezüglich ihres Anspruchs völlig abgefunden ist.

2. *Karger, Rückgabe von Amtskautionen, DGemZ. **14** 290. Die Rückgabe von Amtskautionen erfolgt, nachdem im ordnungsmäßigen Geschäftsgange der betreffenden Einzelverwaltung festgestellt ist, daß Vertretungen aus dem Dienstverhältnisse nicht mehr zu leisten sind, nicht bereits mit Beendigung des Dienstes, aber auch nicht erst, wenn die Gesamtverwaltung für das Geschäftsjahr, in dem der kautionspflichtige Beamte ausgeschieden ist, entlastet wurde.

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§ 1273. 1. **RG. 84** 395, JW. **14** 765. Nach § 2033 Abs. 1 BGB. kann ein Miterbe zwar über seinen Anteil an dem ungeteilten Nachlasse verfügen und daher auch den Anteil verpfänden. Aber dadurch erlangt der Pfandgläubiger nicht ein Pfandrecht an den einzelnen zum Nachlasse gehörigen Gegenständen, auch nicht am Anteile des Miterben an diesen, über den er nach § 2033 Abs. 2 BGB. nicht verfügen kann. Vielmehr unterliegt dem Pfandrechte nur das Recht des Miterben an dem Nachlaß als einem Inbegriffe von Rechten und Pflichten. Auch wenn die Miterben sich auseinandersetzen, erlangt der Pfandgläubiger nicht ohne weiteres ein Pfandrecht an allen dem Pfandschuldner aus dem Nachlasse zugewiesenen Gegenständen. Nach § 1273 Abs. 2 BGB. finden auf das Pfandrecht an Rechten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1274 bis 1296 ein anderes ergibt. Daher ist auf das Pfandrecht an einem Erbanteile § 1258 Abs. 2 BGB. entsprechend anzuwenden. Danach gebührt, wenn die Gemeinschaft aufgehoben wird, dem Pfandgläubiger das Pfandrecht an den Gegenständen, welche an die Stelle des Anteils treten. Aus dem Worte „gebührt" aber folgt, daß der Pfandgläubiger nicht kraft Gesetzes ein Pfandrecht an diesen Gegenständen erwirbt, sondern er nur einen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts daran erlangt.

2. OLG. **29** 386 (München). Das vom Kläger als Lizenznehmer (Pächter) erwirkte Gebot kann sich nur auf die bei dem Beklagten verbliebenen „Vertriebsrechte", d. h. also dessen Muster- und Patentrechte erstrecken; denn nur eine Veräußerung dieser Rechte, nicht aber der Lizenzrechte des Klägers, ist durch den Beklagten rechtlich möglich. Richtig ist auch, daß nach BGB. unter Veräußerung im Gegensatze zum gemeinen Rechte an sich die Verpfändung nicht mitinbegriffen ist (vgl. Mot. I 128; ZPO. §§ 938, 857, 772). Eine solche Verpfändung des Musterschutzrechts würde auch den Kläger nicht beeinträchtigen können; denn die Ausnützung des Schutzrechts geht nach § 1273 Abs. 2 mit § 1213 Abs. 2 mangels besonderer Vereinbarung nicht auf den Pfandgläubiger über, und gegenüber dem allein zulässigen vollstreckungsweisen Pfandverkaufe (§ 1277) greift zum Schutze des Klageteils der § 135 Satz 2 ein. Gutgläubigkeit des Pfanderwerbes (§ 135 Abs. 2) ist beim Rechtspfand unerheblich (§§ 1273, 1274). Die Übergabe der Musterschutzurkunde ist rechtlich belanglos.

3. *Pagenstecher, RheinZ. **6** 527: Wird ein und dasselbe Recht des B. zunächst für eine rechtskräftig festgestellte Forderung des A. und dann noch für eine Forderung des X. verpfändet, so kann der X. das Pfandrecht des A. nicht mit der

Begründung bestreiten, das rechtskräftige Urteil im Prozesse zwischen A. und B. sei zu Unrecht ergangen, A. habe somit gar keine Forderung gegen den B.

§ 1274. 1. **RG.** WarnE. 14 86. Nach § 1274 BGB. erfolgt die Bestellung eines Pfandrechts an einem Rechte nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften, die Verpfändung erforderte sonach schriftliche Form und die Übergabe des Hypothekenbriefs (**RG.** 78 30; § 1154 BGB.). Das erste Erfordernis ist durch die notarielle Urkunde vom 30. Oktober 1907 gewahrt. Eine Aushändigung des Briefes an die Kläger selbst hat freilich nicht stattgefunden, war aber auch nicht geboten. Nach § 1274 Abs. 1 Satz 2 BGB. haben auf die Übergabe die §§ 1205, 1206 BGB. Anwendung zu finden, es muß sonach dem Gläubiger vom Eigentümer Besitz (§ 1205) oder Mitbesitz (§ 1206) eingeräumt werden, und beide müssen darüber einig sein, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Daß die Übergabe auch an einen Vertreter des Gläubigers erfolgen kann, unterliegt keinem Bedenken (RGRKomm. d. BGB. Anm. 4 zu § 1205). Nun war vereinbart, daß der Notar den Hypothekenbrief einstweilen für die Eheleute H. verwahren sollte. Daß hiermit gesagt sei, er nehme den Brief für die Kläger in Besitz, stellt die Revision in Abrede, sie will aber dem Notar die Stellung eines Treuhänders zuweisen. Unterstellt man diese Auffassung als richtig, so hatte der Notar den Brief im gemeinsamen Interesse aller Beteiligten zu verwahren und durfte ihn an die B. oder H. Bo. nicht ohne Zustimmung der Kläger herausgeben. Diese hatten sonach mittelbaren Mitbesitz (RGRKomm. d. BGB. Anm. 2 zu § 1206), was für den Erwerb des Pfandrechts genügt.

2. OLG. **29** 379 (Königsberg). § 1205 Abs. 2 setzt voraus, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz hat und ihn an den Pfandgläubiger überträgt. Ob H. den mittelbaren Besitz gehabt hat, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls ist er nicht mehr Eigentümer des Hypothekenbriefes gewesen, da dieser gemäß § 952 auf den Kläger übergegangen war. Zwar regelt § 1207 auch den Fall, daß die Sache nicht dem Verpfänder gehört und bestimmt, daß auf eine solche Verpfändung die für den Erwerb des Eigentums geltenden §§ 932, 934, 935 entsprechende Anwendung finden. Diese Vorschrift findet aber nur bei Verpfändung von Sachen Anwendung. Dadurch, daß im § 1274 nur auf die §§ 1205, 1206, nicht auf den § 1207 verwiesen ist, hat der Gesetzgeber unzweideutig zu erkennen gegeben, daß § 1207 bei der Verpfändung eines Rechtes, auch wenn zu seiner Übertragung die Übergabe einer Sache erforderlich ist, nicht Platz greift. Demnach entsteht ein Pfandrecht an einem Rechte, also auch an einer Hypothek nur dann, wenn der Verpfänder der legitimierte Inhaber des Rechtes ist. Von einem Nichtberechtigten ist der Erwerb eines Pfandrechts an einem Rechte selbst auf Grund des guten Glaubens ausgeschlossen. Hiernach kann sich der Pfandgläubiger auch nicht etwa auf den Glauben des Grundbuchs berufen. Denn hier kommen nicht allein der Glaube des Grundbuchs, sondern auch die Vorschriften über den Erwerb und die Veräußerung von Sachen in Frage; die allgemeinen Gesichtspunkte über gutgläubigen Erwerb können aber dann nicht in Betracht kommen, wenn, wie hier, das Gesetz den Fall besonders geregelt hat.

§ 1275. 1. **RG.** WarnE. 14 344. Gemäß § 1274 BGB. erfolgt die Bestellung eines Pfandrechts an einem Rechte nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften, und da Gegenstand des Pfandrechts ein Recht ist, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, so finden nach § 1275 BGB. auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, die im Falle der Übertragung des Rechtes für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten, wovon besonders die §§ 404 bis 409 BGB. in Betracht kommen. Der Pfandgläubiger kann sich daher auf seinen guten Glauben nur insoweit berufen, als dies für den neuen Gläubiger bei der Abtretung zugelassen ist. Dies gilt nach § 1138 BGB. für die Hypothek auch

in Ansehung der Forderung, bezieht sich jedoch nur auf den dinglichen Anspruch. Dem persönlichen Anspruche gegenüber muß sich der Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen lassen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (WarnE. **09** 24). Wie sich aus §§ 1274, 1275 BGB. ergibt, ist der Begriff Abtretung, soweit die sie behandelnden Bestimmungen entsprechende Anwendung finden, in dem weiteren Sinne zu verstehen, daß er den Fall der Verpfändung mitumfaßt, was insbesondere für die im vorliegenden Falle in Betracht kommenden §§ 404, 405 BGB. gilt. Da für die persönliche Schuldklage, wie sich aus § 1138 BGB. ergibt, teilweise andere Grundsätze gelten als für die dingliche Klage, so kann sich bei einer Verbindung beider das Ergebnis verschieden gestalten (**RG. 29** 367).

2. *Pagenstecher, RheinZ. **6** 526 f. Wenn der auf die Klage des A. hin rechtskräftig zur Zahlung von 100 M. verurteilte X. dem A. eine ihm (dem X.) gegen den B. zustehende Forderung verpfändet hat, so kann B., wenn er von A. auf Zahlung verklagt wird, nicht einwenden: „Das Pfandrecht besteht nicht, weil du gegen X. gar keine Forderung hast. Das Urteil erging zu Unrecht." So nach der materiellen Rechtskrafttheorie (vgl. unten zu § 322 ZPO.). Die prozessuale Lehre gelangt bei folgerichtiger Durchführung zum entgegengesetzten Ergebnisse.

§ 1276. **RG.** 84 395. Nach § 1273 Abs. 2 BGB. sind auf das Pfandrecht an dem Erbteil eines Miterben auch die Bestimmungen des § 1276 BGB. anzuwenden, wonach ein verpfändetes Recht nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers durch Rechtsgeschäft aufgehoben oder in einer das Pfandrecht beeinträchtigenden Weise geändert werden kann.

§ 1278. **RG.** WarnE. **14** 86. Nach den §§ 1278, 1253 BGB. erlischt das Pfandrecht dann, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt, die Zurücknahme muß mit seinem Willen erfolgen (RGRKomm. d. BGB. Anm. 1 zu § 1253, Anm. 5 zu § 1205). Daß die Kläger mit der Herausgabe des Briefes an die Witwe B. einverstanden gewesen seien, ist aber nirgends ersichtlich, ebensowenig, daß der Notar insoweit zur Vertretung der Kläger ermächtigt gewesen sei. Betrachtet man ihn mit der Revision als Treuhänder oder Verwahrer nach § 868 BGB., so fehlte ihm eine solche Befugnis ebenfalls. Die von der Revision für ihre Ansicht angezogene Vermutung des § 1253 Abs. 2 BGB. greift nicht Platz, weil der Hergang bei der Herausgabe des Briefes insoweit bekannt ist, als feststeht, daß sie ohne den Willen der Kläger erfolgte (RGRKomm. d. BGB. Anm. 5 zu § 1253).

§§ 1279 ff. **RG. 84** 395, JW. **14** 765. Die §§ 1279 ff. BGB. über das Pfandrecht an einer Forderung, insbesondere die Bestimmungen im § 1287 BGB., wonach, wenn der Schuldner auf die Forderung in Gemäßheit der §§ 1281, 1282 BGB. leistet, mit der Leistung der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstand „erwirbt" und, wenn die Leistung in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke besteht, der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek „erwirbt", sind auf das Pfandrecht an einem Erbanteil unanwendbar. Denn zum Begriff einer Forderung gehört, daß einem Gläubiger ein durch Obligation verpflichteter Schuldner gegenübersteht (**RG. 49** 406). Miterben aber stehen nicht zueinander in einem solchen Verhältnisse von Gläubiger und Schuldner, sondern in dem von Mitberechtigten an der Gemeinschaft am Nachlaß, und das Anteilsrecht des Miterben ist nicht ein auf eine Obligation gegründeter Anspruch auf eine Leistung gegen die anderen Miterben (vgl. **RG. 57** 415).

§ 1282. **RG.** R. **14** Nr. 3014. Auch wenn der Pfandgläubiger das Einziehungsrecht hinsichtlich der mitverpfändeten Tilgungsbeiträge seinem Hauptschuldner überlassen hat, bleibt er für den Verzugsfall berechtigt, selbständig nach Maßgabe des Vertrags mit dem Drittschuldner hierwegen zu kündigen.

§ 1289. 1. **RG.** WarnE. **14** 344. Nach § 1289 BGB. finden die Vorschriften des § 1123 Abs. 2 BGB. entsprechende Anwendung, nur daß an die Stelle der Beschlagnahme die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner tritt, daß er von dem Einziehungsrechte Gebrauch mache. Bei entsprechender Anwendung des § 1123 Abs. 2 BGB. würden daher, da die Klägerin dem Beklagten eine Anzeige gemäß § 1289 BGB. erst am 9. September 1910 gemacht haben will, die Zinsen freigeworden sein, die ein Jahr vor dieser Anzeige bereits verfallen waren. Irrig ist allerdings die Begründung des Berufungsurteils für die Nichtanwendbarkeit des § 1289 Satz 2 BGB., die dahin geht, daß die Anzeigepflicht des § 1289 sich nur auf die Fälle beziehe, in denen das Pfandrecht sich kraft Gesetzes auf die Zinsen miterstrecke, während hier die Mitverpfändung der Zinsen ausdrücklich erfolgt sei. Wenn das Pfandrecht sich nach § 1289 Satz 1 BGB. schon gesetzlich auf die Zinsen miterstreckt, was allerdings vertraglich ausgeschlossen werden kann, so muß es für die Wirkung der Mitverpfändung der Zinsen selbstverständlich völlig gleichgültig sein, ob sie ohne besondere Erklärung, kraft Gesetzes als mitverpfändet anzusehen sind oder ob diese Mitverpfändung noch ausdrücklich, überflüssigerweise vereinbart worden ist. Aber § 1289 Abs. 2 BGB. ist nicht anwendbar und die dort vorgeschriebene Anzeige nicht erforderlich, weil es sich hier um ein Nutzpfandrecht handelt (§§ 1273 Abs. 2, 1213 BGB.), bei dem der Pfandgläubiger ohne weiteres die Zinsen für sich einzieht, wenn auch zur Verrechnung auf seine Forderung. Die Zinsen stehen einem Nutzungspfandgläubiger von vornherein so zu, als wenn sie ihm abgetreten wären, er erwirbt sie zu Eigentum (Wolff in Enneccerus-Kipp-Wolff, BGB. II Abt. I § 177 III). Es liegt für ihn daher gar keine Veranlassung vor, dem Schuldner davon Anzeige zu machen, daß er von dem Einziehungsrechte Gebrauch mache, während ein solcher Anlaß wohl besteht für den Pfandgläubiger, der nicht berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen. Denn dessen Einziehungsrecht ist nicht von vornherein gegeben, sondern unterliegt besonderen Voraussetzungen (§§ 1282, 1228 Abs. 2 BGB.).

2. **RG.** R. **14** Nr. 3015. Auch wenn das Pfandrecht an einer Hypothek die Zinsen nicht mitergreifen soll, sind die Tilgungsbeiträge als mitverpfändet anzusehen.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2877. Ist ein Pfandrecht an einer Höchstbetragshypothek (früheren bayerischen Nebenkautionshypothek) und den durch sie gesicherten Zinsen der Haupthypothekenforderung bestellt, so können auf die einem solchen Pfandrecht unterliegenden Zinsforderungen die Bestimmungen des § 1289 Satz 2 BGB. über Freiwerden der Zinsen von der Pfandhaftung keine Anwendung finden.

4. **RG.** R. **14** Nr. 2878. Es mag sein, daß, wenn zwischen dem Verpfänder einer verzinslichen Forderung und dem Pfandgläubiger die Vereinbarung getroffen ist, es solle sich das Pfandrecht nicht auf die Zinsen erstrecken, eine solche Vereinbarung wenigstens schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragschließenden hat und demzufolge der Pfandgläubiger dem Verpfänder gegenüber nicht befugt ist, die Zinsen der verpfändeten Forderung als Pfandgegenstand in Anspruch zu nehmen.

5. KGJ. **46** 240 (KG.). Das Grundbuchamt kann für die Eintragung der Verpfändung einer Hypothek eine zweifelsfreie Erklärung darüber verlangen, ob und von welchem Zeitpunkt an die Zinsen mitverpfändet sind.

6. BreslauAK. **14** 4 (LG. Hirschberg). Es liegt vollkommen in der Hand des Gläubigers, durch entsprechende klare Fassung seines Antrags eine ausdrückliche Erstreckung des Pfändungsbeschlusses auf die Zinsen der Hypothekenforderung herbeizuführen. Dies muß um so mehr verlangt werden, als das Zinsrecht selbständig pfändbar ist (**RG. 74** 78). Wird dies unterlassen und dem Antrage gemäß nur die Hypothekenforderung gepfändet und zur Einziehung überwiesen, so muß sich der Gläubiger mit diesem Umfang des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zufrieden geben und kann sich wegen seiner Unter-

lassung nicht auf angebliche Lücken des Gesetzes berufen. Es fehlt an einer gegenüber dem Schweigen des Gesetzes zu erfordernden zwingenden Notwendigkeit, den § 1289 BGB. entsprechend auf das Pfändungspfandrecht anzuwenden. Ebensowenig können die für die Abtretung von Forderungen ergangenen Entscheidungen, daß im Zweifel auch die Abtretung der Zinsen gewollt sei, zur Entscheidung der vorliegenden Streitfragen herangezogen werden. Denn bei der Natur des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses als eines Aktes der staatlichen Justizhoheit fehlt es an einem vergleichenden Maßstabe mit dem Abtretungsvertrag oder Pfändungsvertrag als einem der Auslegung und der Rücksicht auf den Parteiwillen fähigen Rechtsgeschäfte.

7. Die Entsch. des OLG. Breslau JDR. **12** zu § 1289 auch OLG. **29** 384.

§ 1293. OLG. **29** 384 (Hamm). Weiterverpfändung verpfändeter Wertpapiere durch den Gläubiger. Ansprüche des Schuldners im Konkurse dieses Gläubigers.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Erster Titel. Verlöbnis.

§ 1298. I. Schadensersatzklage aus Abs. 1. **RG.** WarnE. **14** 227, BayRpflZ. **14** 272, R. **14** Nr. 1566, 1569, 1574. Der Schadensersatzklage wegen Bruches des Verlöbnisses kann der beklagte Teil nicht mit dem Einwande begegnen, daß das Verhalten, das der klagende Teil nach dem Rücktritt, insbesondere in dem auf Grund der §§ 1298 ff. BGB. anhängig gemachten Prozesse bewiesen habe, den Rücktritt rechtfertige. Überdies besteht keine Verpflichtung, in einem solchen Prozesse bei der Ausführung der Rechte auf die Person des Gegners besondere Rücksicht zu nehmen. Der Beklagte kann der Schadensersatzklage nicht entgegenhalten, daß er jetzt wieder zur Eheschließung bereit sei. Der andere Teil brauchte auf dieses Anerbieten nicht einzugehen, und seine Ablehnung hat nicht den Verlust seines Schadensersatzanspruchs zur Folge, denn ihm ist nach dem grundlosen Rücktritte des Beklagten die Eingehung eines neuen Verlöbnisses mit ihm nicht ohne weiteres zuzumuten.

II. Umfang des Schadens (Abs. 1 Satz 2). 1. **RG.** WarnE. **14** 360, R. **14** Nr. 2977, 3016. Die Aufgabe einer Stellung, wenn sie in Erwartung der Ehe geschieht, kann eine die Erwerbsstellung berührende Maßnahme darstellen, die einen Schadensersatzanspruch aus § 1298 Abs. 1 Satz 2 begründet. Unterläßt es der Verlobte, nach Auflösung des Verlöbnisses sich um die aufgegebene Stellung wieder zu bemühen, so kann darin ein mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254 Abs. 2 BGB. erblickt werden.

2. OLG. **30** 33 (Stettin). Ist ein Verlobter von dem Verlöbnisse zurückgetreten, haben aber nachträglich die Verlobten sich wieder ausgesöhnt, so kann der Aussöhnung die Bedeutung einer Wiederherstellung des ursprünglichen Verlöbnisvertrags beigemessen und im Falle des endgültigen Rücktritts Schadensersatz für die ganze Dauer des Brautstandes gefordert werden.

III. Wichtiger Grund zum Rücktritte (Abs. 3). 1. SächsOLG. **35** 434, OLG. **30** 34 Anm. 1 (Dresden). Die Versagung der väterlichen Zustimmung und die Nichteinlösung des Versprechens der Braut, ihren Glauben zu wechseln, geben nicht schlechthin einen Rücktrittsgrund.

2. **RG.** WarnE. **14** 225, R. **14** Nr. 1531, 1567, 1568. Ein Verlöbnis kann nicht deshalb, ohne eine Schadensersatzpflicht zu begründen, aufgelöst werden, weil dem anderen Verlobten im Falle des Eheabschlusses wegen der persön-

lichen Eigenschaften des vom Verlöbnisse Zurücktretenden ein Anfechtungsrecht zustände. Tritt der Verlobte wegen seiner angeblichen Geistesschwäche von dem Verlöbnisse grundlos zurück, so wird die dadurch begründete Ersatzpflicht durch die Tatsache der nachträglich ausgesprochenen Entmündigung nicht beseitigt.

3. OLG. **30** 34 (Hamburg). Der Rücktritt vom Verlöbnisse kann als berechtigt angesehen werden, wenn die zurücktretende Braut als junges Mädchen aus guten Gesellschaftskreisen den in diesen herrschenden Anschauungen entsprach, sich der besseren Einsicht ihres Vaters fügte und seinem Willen gehorchte.

4. BadRpr. **14** 125 (Karlsruhe). Dafür, ob eine frühere Geschlechtskrankheit eines Verlobten völlig ausgeheilt sei, spricht höchstens eine Wahrscheinlichkeit, die von den Ärzten mehr oder weniger hoch bewertet wird. Auf eine solche bloße Wahrscheinlichkeit hin aber kann einem unverdorbenen Mädchen aus guter Bürgerfamilie, das sich ohne Kenntnis von der früheren geschlechtlichen Erkrankung des Bräutigams verlobt hat, nicht zugemutet werden, die Ehe einzugehen und damit schwere Gefahr für ihre und etwaiger Nachkommenschaft Gesundheit zu übernehmen. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß die Verlobung durch bezahlte Vermittlung zustande gekommen ist.

§ 1300. 1. OLG. **30** 35 (KG.). Als „Beiwohnung" im Sinne des § 1300 haben Handlungen zu gelten, bei denen eine gegenseitige Berührung und Vereinigung der Geschlechtsteile mit Bereitschaft zur Beischlafsvollziehung in Frage steht.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1420. Die Entschädigung ist unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse nach billigem Ermessen festzusetzen. Die Vorschrift gilt gleichmäßig für alle Berufsklassen: für ihre Anwendung sind zugunsten der Besitzer von Landgütern besondere Vorschriften nach Art der §§ 1515, 2049, 2312 BGB. nicht getroffen worden.

§ 1302. OLG. **30** 35 (München). Die kurze Verjährung des § 1302 greift nicht Platz, wenn die angeblich Verlobten im Wege des Vergleichs das zwischen ihnen bestandene Rechtsverhältnis umgeschaffen und die Abfindung des einen Teiles mit einer bestimmten Summe vereinbart haben.

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

Literatur: Kohler, Papinian über Liebe und Ehe, AZivPr. **111** 309.

§ 1309. Kann jemand wieder heiraten, dessen Ehe in einem zu Unrecht ergangenen rechtskräftigen Ehefeststellungsurteil als nicht bestehend erklärt worden ist? Vgl. *Pagenstecher unten zu § 606 ZPO.

§ 1314. Denecke, ZBlFG. **15** 181. Zur Auseinandersetzung nach §§ 1314, 1669 BGB. S. unten zu § 1669.

§ 1322. Goldmann, DJZ. **14** 303. Die Bewilligung der Befreiung steht nach allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privatrechts dem Heimatstaate des geschiedenen Ehegatten zu. § 1322 ist lediglich eine Folgerung aus diesem Grundsatze.

§§ 1322, 1328. Krieg, DJZ. **14** 857, erörtert folgenden Rechtsfall: Die Ehe zweier Ausländer, deren mangelnde Reichsangehörigkeit verborgen blieb, war wegen des in dem Urteile festgestellten Ehebruchs, den die Frau mit einem Deutschen (Preußen) begangen hat, rechtskräftig geschieden worden. Der Preuße heiratete demnächst die Ehebrecherin im Ausland und kehrte nach Deutschland zurück. Verf. verneint die Frage, ob der preuß. JustMin. noch nachträglich Befreiung von dem Ehehindernisse nach § 1328 BGB. erteilen könne: Wenn auch die Ehefrau durch die Verheiratung mit einem Preußen die deutsche Staatsangehörigkeit erworben habe, so komme doch deutsches Recht nicht zur Anwendung, denn ihr jetziger Ehemann bedürfe überhaupt keiner Befreiung, die Frage aber, ob ihr Befreiung zu bewilligen sei, richte sich nach ihrem Heimatrechte zur Zeit der Scheidung (Art. 13

EGBGB.), also nach ausländischem Rechte, von dem der preuß. JustMin. Befreiung nicht bewilligen könne.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

Literatur: Senf, Die Eingehung der Ehe unter bewußtem Willensmangel, insbes. die scherzweise erfolgte Eheschließung. Breslau 1914.

§ 1323. 1. Mothes, R. **14** 66 (Die Namensheirat). Ein Vertrag, der eine Namensheirat zum Gegenstande hat, ist nach § 138 BGB. nichtig. Der gezahlte Namenskaufschilling kann nach § 817 nicht zurückgefordert werden. Trotzdem ist nach § 1323 die Ehe gültig. Empfohlen wird eine Änderung des Adelsrechts, etwa dahin, daß bei bloßen Namensheiraten, die mit der Absicht der alsbaldigen Scheidung und gegen Gewährung einer Vergütung geschlossen werden, der Adel der geschiedenen Frau (und vielleicht auch dem Namensverkäufer) im geordneten Verfahren entzogen werden kann.

2. *Senf aaO. verneint im Gegensatze zur herrschenden Meinung die Möglichkeit des Entstehens und Bestehens nichternstlicher Ehen trotz und wegen der staatlichen Mitwirkung aus rechtlichen und ethischen Gesichtspunkten, indem er in der Beweislast, die demjenigen, der die Nichtigkeit geltend macht, obliegt, ein ausreichendes Vorbeugungsmittel erblickt.

§ 1333. 1. **RG.** JW. **14** 646, R. **14** Nr. 1570, 1571, 1572. Die Verletzung der Verlöbnistreue bildet dann einen Grund zur Anfechtung der Ehe wegen Irrtums, wenn aus dem Treubruch auf einen Charakterfehler geschlossen werden kann. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn die Verlobte zu erkennen gegeben hat, daß ihr an der Wahrung der Verlöbnistreue durch den Verlobten nichts liege. Eine arglistige Täuschung kann aber darin bestehen, daß der Verlobte während des Verlöbnisses seine Sittenstrenge betont hat, während er sich tatsächlich mit einem anderen Mädchen geschlechtlich eingelassen hat.

2. SächsOLG. **35** 316 (Dresden). Mehrfacher Ehebruch des Gatten in seiner früheren Ehe kann einen Grund zur Anfechtung der späteren Ehe abgeben.

3. **a**) SächsRpflA. **14** 433 (Dresden) hält die Anfechtung der Ehe für begründet, wenn der Ehemann bei Eingehung der Ehe nur von einer einmaligen unehelichen Niederkunft seiner Frau gewußt hat und erst später erfährt, daß sie bereits wiederholt unehelich geboren hat und die Kinder aus dem mit verschiedenen Männern gepflogenen Geschlechtsverkehr stammen. Ferner **b**) SächsRpflA. **14** 434 (Dresden). Die Anfechtung der Ehe ist begründet, wenn eine schon bekannte Verfehlung (z. B. vorehelicher Geschlechtsverkehr der Frau) nach den erst später entdeckten Umständen (z. B. wenn der Geschlechtsverkehr mit dem Stiefsohn gepflogen wurde) sich als verwerflicher und unsittlicher darstellt, als der Ehegatte bei der Eheschließung angenommen hatte.

4. SeuffA. **69** 233 (München). Hat die Frau vor Schließung der Ehe Geschlechtsverkehr mit noch einem anderen Manne unterhalten und besteht begründeter Zweifel, von wem das von ihr nach Eingehung der Ehe geborene Kind stammt, so kann dieser Umstand dem Ehemanne das Recht geben, wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften seiner Frau die Ehe anzufechten.

5. a) **RG.** R. **14** Nr. 778, 779. Auch wenn der Ehemann über die Lügenhaftigkeit seiner Frau noch vor der Eheschließung aufgeklärt wurde, kann er doch die Ehe noch anfechten, wenn er erst nach der Eheschließung erfährt, daß seine Frau wegen Diebstahls bestraft ist. Durch bloße Unterlassung näherer Nachforschungen über das Vorleben der Braut geht das Anfechtungsrecht noch nicht verloren, solange dies aus Vertrauen auf die Angaben der Braut geschieht. **b**) Einen ähnlichen Fall s. **RG.** R. **15** 315, 316.

6. **RG.** JW. **15** 140. Daß Krankheit eine persönliche Eigenschaft im Sinne des § 1333 BGB. sein kann, ist in der Rechtsprechung anerkannt. In der Regel muß aber zur Begründung der Anfechtungsklage ein dauernd unheilbares Leiden nachgewiesen werden. Eine bloße Veranlagung zu einem solchen (z. B. zu Lungentuberkulose), die eine gewisse Besorgnis des künftigen Ausbruchs der Krankheit begründet, ist an sich noch keine die Anfechtung der Ehe rechtfertigende Eigenschaft. Nur wenn die Veranlagung notwendig zu einer unheilbaren Erkrankung führen muß, kann sie als Anfechtungsgrund in Betracht kommen. Vgl. **RG. 73** 134, WarnE. **08** Nr. 323, **11** Nr. 85, **12** Nr. 310, JDR. **7** Ziff. 2, **9** Ziff. 3, **11** Ziff. 3 zu § 1333 BGB.

§ 1334. RG. R. **14** Nr. 1430, 1431. Hat der Ehemann vor der Eheschließung seiner Verlobten über den Zustand seiner geschlechtlichen Unfähigkeit dasjenige mitgeteilt, was er selbst wußte, und durfte er annehmen, daß die Verlobte die Bedeutung seiner Mitteilung auch verstanden habe, so hat er sich einer arglistigen Täuschung nicht schuldig gemacht, besonders wenn er erwartete und nach ärztlicher Auskunft erwarten durfte, gerade durch die Ehe zu einem wirklichen Geschlechtsleben zu gelangen.

§ 1336. Abs. 2 Satz 1. **RG.** JW. **15** 97. Aus der Entstehungsgeschichte des § 1336 BGB. und des § 612 ZPO. ergibt sich, daß nur die Erhebung, nicht auch die Fortsetzung der darin genannten Klagen von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig sein solle.

§ 1343. KGBl. 14 89 (KG.). Wird im Wege einstweiliger Verfügung von der Ehefrau ein Unterhaltsanspruch geltend gemacht, so ist die einstweilige Verfügung aufzuheben, wenn ein Eheanfechtungsgrund glaubhaft gemacht ist, denn im Falle der Nichtigkeit der Ehe (§ 1343) entfällt jeder Unterhaltsanspruch der Frau.

§ 1346. Satz 2. **RG.** R. **14** Nr. 2469. Hat eine Frau schon vor Eingehung ihrer Ehe als junges Mädchen an Epilepsie gelitten, hat sie aber die Anfälle als durch Blutarmut verursachte Ohnmachten angesehen, und haben die Eltern sie über ihren Zustand nicht aufgeklärt, ihr vielmehr Besserung in Aussicht gestellt, so kann ihr der Irrtum über ihr Leiden nicht als fahrlässige Unkenntnis zugerechnet werden.

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

Vorbemerkung: Hervorzuheben sind die zahlreichen, zur Auslegung der §§ 1353, 1360, 1361 ergangenen Entsch. des RG. — In KGJ. **45** A 83 (zu § 1365) ist entschieden, daß eine vor ihrer Verheiratung an Kindesstatt angenommene Frau als Mädchennamen den Namen zu führen hat, den sie durch die Annahme erlangt hat.

§ 1353. I. Eheliche Gemeinschaft als Voraussetzung eines Rechtsverhältnisses. **RG.** R. **14** Nr. 934. Wenn Eheleute ein Rechtsverhältnis vereinbaren, das das Bestehen einer ehelichen Gemeinschaft zur notwendigen Voraussetzung hat (z. B. ein gemeinschaftliches Ausgedinge), so wollen sie es offenbar nicht aufrecht erhalten, wenn die Gemeinschaft durch Scheidung ihre endgültige Erledigung findet. Ein solches Rechtsverhältnis muß vielmehr als durch die Scheidung auflösend bedingt angesehen werden.

II. Recht auf Herstellung oder Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2470. Ist eine Scheidungsklage deshalb abgewiesen, weil die Ehezerrüttung von dem klagenden Ehegatten ausging, so bedarf es eines besonderen persönlichen Schrittes des abgewiesenen Ehegatten zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft. Sonst kann dieses Verlangen als nicht ernstlich gemeint erachtet werden. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 1361.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2674. Nicht von der subjektiven Auffassung des die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verweigernden Ehegatten, sondern letzten Endes von der Beurteilung des Richters hängt es ab, ob der die Rückkehr verlangende Ehegatte dem anderen Teile genügende Beweise einer Wendung seiner früheren, dem Herstellungsbegehren entgegenstehenden Gesinnungen gegeben hat.

3. **RG.** JW. **14** 41. Der Umstand, daß ein Ehegatte beim Eheabschluß um die Geschlechtskrankheit, an der der andere Ehegatte leidet, gewußt hat, schließt das Recht nicht aus, wegen dieser Krankheit unter Umständen die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern.

4. **RG.** JW. **14** 359. Die Möglichkeit eines Zustandes, bei dem einerseits die Scheidungsklage ausgeschlossen ist, andererseits die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht gefordert werden kann, ist rechtlich nicht zu bezweifeln.

5. **RG.** LeipzZ. **14** 1532, R. **14** Nr. 2274. Für die Frage der Berechtigung des von dem Manne gestellten Herstellungsverlangens kommt es darauf nicht an, ob ihm das seiner Frau gegenüber gezeigte Verhalten als Verschulden anzurechnen ist. Gerade in einem solchen Falle, wo die Zurechnungsfähigkeit des Mannes herabgemindert ist, ist das Bedürfnis des Schutzes der Frau gegen die Gefahr von Ausschreitungen umsomehr als begründet anzuerkennen. Ein bloßer Zweifel, ob der Mann in Zukunft die rechte eheliche Gesinnung betätigen werde, reicht allerdings nicht aus. Es genügt aber, daß die Besorgnis einer weiteren ehewidrigen Betätigung des Mannes bei objektiver Beurteilung der Sachlage gerechtfertigt erscheint.

III. Rechtsmißbrauch. 1. **RG.** JW. **14** 359. Ob sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne des § 1353 Abs. 2 als Mißbrauch seines Rechtes darstellt, hängt davon ab (vgl. **RG. 46** 384), ob das Verlangen mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar ist, oder ob bei Berücksichtigung des sittlichen Wesens der Ehe dem sich weigernden Ehegatten die Herstellung des ehelichen Lebens nicht zugemutet werden kann. Das Herstellungsverlangen kann solange als mißbräuchlich angesehen werden, als der das Verlangen stellende Ehegatte dem anderen Ehegatten von einer Sinnesänderung nichts zu erkennen gegeben hat.

2. LeipzZ. **14** 1628 (Stuttgart). Das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft ist rechtsmißbräuchlich, wenn es lediglich bezweckt, eine formale Voraussetzung der Scheidung aus § 1567 Abs. 2 Nr. 1 zu schaffen.

3. **RG.** R. **14** Nr. 1573. Einen Rechtsmißbrauch stellt das Herstellungsverlangen nicht schon deshalb dar, weil es dem Kläger zunächst nur auf ein „Beieinander- oder Nebeneinanderwohnen" zu tun ist, es müßten denn Tatsachen vorliegen, aus denen sich die dringende Besorgnis ergibt, daß er dem anderen Ehegatten das Zusammenleben schlechthin unerträglich machen könnte.

4. SächsRpflA. **14** 391 (Dresden). Das Recht des unschuldigen Ehegatten, die häusliche Gemeinschaft wegen Rechtsmißbrauchs zu verweigern, bleibt von dem Umstande, daß der Scheidungsgrund wegen Zeitablaufs weggefallen ist, unberührt, auch wenn der Rechtsmißbrauch auf denselben Tatbestand gestützt wird (JW. **03** Beil. 44, JDR. **2** Ziff. 2 zu § 1353).

IV. Vereinbarungen über das Getrenntleben. **RG.** JW. **14** 355, R. **14** Nr. 636. Die Ehegatten können über die Dauer des Getrenntlebens keine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen treffen; ebensowenig kann der Ehemann zur Gewährung des Unterhalts durch Entrichtung einer Geldrente über die Zeit des berechtigten Getrenntlebens hinaus durch Vertrag der Parteien verpflichtet werden.

§§ 1353, 1354. LeipzZ. **14** 1581 (Dresden, Straff.). Aus §§ 1353, 1354 läßt sich ein Recht des Mannes, Briefe, die an seine Frau gerichtet und in deren Besitz gelangt sind, nicht bloß einzusehen, sondern auch zu öffnen, nicht herleiten (vgl. § 299 StGB.).

§ 1354. RG. R. **14** Nr. 488. Der Ehemann ist befugt, seine Zustimmung zum Geschäftsbetriebe seiner Frau zu widerrufen. Er darf jedoch dieses Widerrufsrecht nicht aus bloßer Willkür und aus persönlichen, die Interessen der Familie gefährdenden Gründen, die einen Rechtsmißbrauch darstellen würden, ausüben.

§ 1355. KGJ. **45** 83 (KG.). Der Mädchenname einer vor ihrer Verheiratung an Kindesstatt angenommenen Frau ist derjenige Name, den sie durch die Annahme erlangt hat, nicht der Name, den sie vor der Annahme geführt hat.

§ 1356. Josef, Die Einwirkung der Ehe auf die Haftung für die Verkehrssicherheit, SächsRpflA. **14** 265. Die tatsächliche Verfügungsmacht, die der Frau kraft ihrer Verpflichtung zur Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens zusteht, verpflichtet sie zu einer billigen Rücksichtnahme auf Dritte, so z. B. zur Beseitigung schadhafter Möbel, durch die andere gefährdet werden könnten. Die Verletzung dieser Pflicht enthält den Tatbestand einer unerlaubten Handlung, die die Frau auf Grund des § 823 schadensersatzpflichtig macht.

§ 1357. 1. *Weinmann, Gutachten und Urteilsentwurf 133 ff. Beispiel I. Die vermögende Frau verpflichtet zwar durch Anschaffung von Kleidungsstücken zunächst nur den wenn auch vermögenslosen Mann. Es verstößt aber gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen, daß eine Frau, die weiß, daß der Verkäufer von ihrem Manne auch nicht die geringste Summe erhalten kann, trotzdem bei dem Verkäufer den Anschein erweckt, er werde von ihrem Manne ohne Schwierigkeiten den Kaufpreis bezahlt erhalten, und ihn so veranlaßt, ihr Ware zu liefern. Ein solches Verhalten verpflichtet die Frau gemäß § 826 BGB. zum Schadensersatz. Dieser Ersatz besteht in der Zahlung des Preises der Ware.

2. Römer, WürttRpflZ. **14** 61, legt dar, daß die Frau auf Grund ihrer Schlüsselgewalt statt des Mannes Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegenüber einer gegen ihren Mann ergangenen polizeilichen Strafverfügung stellen kann.

3. SchlHolstAnz. **14** 257 (Kiel). Für Anschaffungen, die die Ehefrau auf Grund ihrer Schlüsselgewalt macht, haftet der Ehemann nur insoweit, als sie sich in den Grenzen halten, die den Verhältnissen entsprechen.

4. Ausschließung der Schlüsselgewalt trotz Aufhebung des gemeinschaftlichen Hauswesens. a) Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **12** Ziff. 3 zu § 1357 — auch DJZ. **14** 1115, OLG. **30** 37, RJA. **13** 76; KGJ. **46** A 243 mit folgendem Leitsatze: Die Ausschließung der Schlüsselgewalt der Frau durch den Mann kann vom Vormundschaftsgerichte auch dann wegen Mißbrauchs des Rechtes des Mannes aufgehoben werden, wenn zur Zeit der Ausschließung die Schlüsselgewalt infolge Auflösung des gemeinschaftlichen Hauswesens nicht mehr bestand. b) KGJ. **45** 192 (KG.). Die Aufhebung eines gemeinschaftlichen Hauswesens hat an sich niemals den Rechtsverlust der Schlüsselgewalt, sondern nur ein Ruhen dieses Rechtes zur Folge. Eine Ausschließungserklärung des Mannes ist daher nicht deshalb „gegenstandslos" oder unwirksam, weil ein gemeinschaftliches Hauswesen nicht mehr bestand. c) Ebenso OLG. **30** 39 (KG.).

§§ 1360, 1361. 1. a) BadRpr. **14** 67 (Karlsruhe). Es ist undenkbar, daß das Gesetz dem unterhaltsberechtigten Ehegatten die im Falle des § 1360 allein mögliche Art des Unterhalts versagen und den Ehegatten, der die eheliche Lebensgemeinschaft grundlos verweigert, besser stellen wollte, als den berechtigt Ver-

weigernden (vgl. § 1361 Satz 1). Ist der Ehegatte aber berechtigt, den Unterhalt in einer Geldrente zu verlangen, so muß er dies auch im Wege der Klage erzwingen können und ist nicht, wie Staudinger Anm. 4 d zu § 1360 meint, auf den Weg der einstweiligen Verfügung beschränkt. **b)** Ebenso BadRpr. **14** 69 (Karlsruhe).

2. **RG.** R. **14** Nr. 489. Der gesetzliche Unterhaltsanspruch der Frau aus § 1360 verwandelt sich zwar gemäß § 1361 in einen Geldanspruch, wenn der Mann grundlos die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft herbeiführt. Der Anspruch selbst bleibt jedoch nach Inhalt und Umfang grundsätzlich unverändert. Nach wie vor bleibt mithin für die Bemessung der Unterhaltsrente die Lebensstellung, das Vermögen und die Erwerbsfähigkeit des Mannes maßgebend (§ 1360 Abs. 1). Unerheblich ist es, ob die getrennt lebende Frau den Betrag tatsächlich verbraucht oder teilweise zur Rücklage von Ersparnissen verwendet.

3. Glaser-Unger **48** 926, OLG. **30** 40 Anm. 1 (ObGerichtshof in Wien). Deutsche Urteile, die auf Grund des § 1360 der Frau Unterhalt zusprechen, sind in Österreich vollstreckbar, auch wenn der Mann als früherer österreichischer katholischer Pfarrer und Staatsbürger in Österreich nicht hätte heiraten dürfen. Denn hier handelt es sich um die Durchführung einer Forderung, über deren Rechtsgrund die deutsche und österreichische Gesetzgebung beinahe dieselben Vorschriften enthalten.

4. S. auch **RG.** JW. **14** 355, oben Ziff. IV zu § 1353.

§ 1361. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2471. Der Ehemann kann nicht dadurch die Unterhaltsrente seiner von ihm getrennt lebenden Frau schmälern, daß er seinen eigenen Haushalt ohne zwingenden Grund einschränkt. — Die Frau kann zwar Unterhalt verlangen ohne Rücksicht darauf, ob sie bedürftig ist, also aus ihren eigenen Einkünften oder ihrem eigenen Vermögen sich zu unterhalten imstande ist. Daraus folgt aber nicht, daß ihr ein Anspruch auf Teilung der Einkünfte oder des Vermögens des Mannes zukäme. Vgl. auch oben Ziff. II 1 zu § 1353.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1042, WarnE. **14** 272, R. **14** Nr. 1989, 1990, 1991. Die Fassung des § 1361 Abs. 1 ist ungenau. In dem Falle, daß der unterhaltsberechtigte Ehegatte das Zusammenleben verweigern darf, kann es nicht darauf ankommen, welcher der Ehegatten das Zusammenleben tatsächlich verweigert, während in dem Falle, daß der unterhaltspflichtige Ehegatte das Zusammenleben verweigern darf, die unberechtigte tatsächliche Weigerung des unterhaltsbedürftigen Ehegatten diesem keinen Anspruch verschaffen kann (vgl. JW. **05** 203, JDR. **4** Ziff. 2b zu § 1361 u. WarnE. **10** 160). — Die Vorschrift des § 1361 Abs. 2 soll die Härten beseitigen, die sich aus der dem Manne gemäß § 1360 Abs. 1 obliegenden unbedingten Unterhaltspflicht ergeben können. Für den Fall, daß die Frau außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, ist die Vorschrift des § 1361 Abs. 2 nicht bestimmt. Ist die Frau außerstande, sich selbst zu unterhalten, so hat ihr der Mann — unter der Voraussetzung des § 1361 Abs. 1 durch Entrichtung einer Geldrente — nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit in derselben Weise Unterhalt zu gewähren, wie die Frau dem Manne, der außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, den seiner Lebensstellung entsprechenden Unterhalt nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit zu gewähren hat. Beide Ehegatten sind in dieser Hinsicht — abgesehen davon, daß die Lebensstellung des Mannes maßgebend ist — einander gleich. — Die den Unterhalt gewährende Frau ist nicht verpflichtet, ihre Einkünfte und ihr Vermögen ohne Rücksicht auf die dauernde Sicherung ihrer eigenen und ihres Mannes Existenz zu verbrauchen, um ihrem Manne den seiner Lebensstellung entsprechenden Unterhalt zu verschaffen.

3. R. **14** Nr. 1696 (Stuttgart). Die getrennt lebende Frau ist zwar nicht, wie die geschiedene Frau, verpflichtet, einem Arbeitserwerbe nachzugehen, andererseits widerspräche es billiger Rücksichtnahme auf den Mann, wenn sie die Trennung zum Anlasse nähme, sich auf seine Kosten eine Erleichterung zu verschaffen. Es ist ihr deshalb zuzumuten, eine Erwerbstätigkeit außer dem Hause, der sie schon bei bestehender Gemeinschaft nachgegangen war, auch nach der Trennung fortzusetzen und sich an Stelle der Besorgung des ehelichen Haushalts häuslichen Geschäften ähnlicher Art zu unterziehen.

4. DJZ. **14** 445 (BayObLG.). Die nach § 1361 Abs. 2 eintretende Beschränkung der Unterhaltspflicht erscheint als eine Ausnahme, die sich nicht bloß auf den Fall bezieht, daß beide Ehegatten Vermögen besitzen, sondern auf alle Fälle, in denen die Billigkeit einen von der Regel der §§ 1360, 1361 Abs. 1 abweichenden Ausgleich fordert. Diese Ausnahmevorschrift bildet nicht einen leitenden Grundsatz des BGB. in dem Sinne, daß ihm gegenüber die Anwendung eines der Ehefrau günstigeren fremden Gesetzes, das die Ausnahme nicht kennt, in Deutschland ausgeschlossen wäre.

5. OLG. **30** 40 (Hamburg). Für den Fall, daß die Frau die Haushaltungssachen besitzt, ist keine dem § 1361 Satz 2 entsprechende gesetzliche Anordnung getroffen. Es hat daher bei der allgemeinen gesetzlichen Regelung der Herausgabeansprüche sein Bewenden, und § 627 ZPO. kommt nicht in Betracht.

§ 1362. RG. 84 45, JW. **14** 358. Die Vermutung des § 1362 Abs. 1 gilt nur zugunsten der Gläubiger des Mannes, nicht im Verhältnisse der Ehegatten zueinander.

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Ausbeute an bedeutsamen Entscheidungen und die Zahl der Aufsätze geht immer weiter zurück.

I. Gesetzliches Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1363. 1. **RG.** JW. **14** 146, R. **14** Nr. 217. Die Ehefrau erwirbt an der ihr gehörigen Wohnungseinrichtung durch die Einbringung allein keinen Besitz.

2. **RG.** SeuffA. **69** 202. Schenkungen zwischen den Eheleuten bedürfen nicht der Form des Ehevertrags.

3. **RG. 83** 237, JW. **14** 149. Eingebrachtes Gut umfaßt auch den Besitz der Ehefrau an ihr nicht eigentümlich gehörigen Sachen.

§ 1367. RG. 85 15, JW. **14** 874, DJZ. **14** 995. Wenn die Ehefrau die Kosten des Haushalts aus ihrem Vorbehaltsgute bestreitet, kann sie wegen eines Unfallschadens die Kosten einer Vertretung ihrer Person im Haushalt allein einklagen.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§ 1373. S. unten zu §§ 1405 und 1418.

§ 1385. Schultzenstein, DJZ. **14** 871, erwähnt ein neues Urteil des OVG., welches die Dinglichkeit der Anliegerbeiträge verneint, und unterstützt hiermit seine früheren Ausführungen, nach denen der Ehemann als Gesamtschuldner für die Anliegerbeiträge der Ehefrau hafte (vgl. JDR. **12**).

§ 1387. 1. Schütt, JW. **14** 131, hält den Ehemann durch seine Verurteilung suspensiv bedingt verpflichtet, der Gerichtskasse für die Kosten zu haften, so daß, wenn das Urteil den Mann freistellt, nur die Vorschußpflicht bestehen bleibt. Er läßt entgegen der Ansicht des OLG. Kiel (vgl. JDR. **12** 3) die Rückzahlungspflicht der Kasse für die vom Manne irrtümlich im Glauben an seine Verpflichtung oder im Wege des Zwanges gezahlten Gebühren und Auslagen nicht nur bestehen für die nach Rechtskraft, sondern auch für die vorher bezahlten Beträge.

2. a) LeipzZ. 14 788 (Hamburg). Die Gerichtskasse kann beim Scheidungsprozeß auch nach Rechtskraft noch vom Ehemanne die der im Armenrechte klagenden Frau auferlegten Kosten erstattet verlangen. b) Dagegen KGBl. 14 128 (KG.). Nach Rechtskraft des Urteils haftet der Mann nur im Umfange der Vorschußpflicht.

3. OLG. 29 145 (Düsseldorf). Der Mann hat auch die Kosten für den Verkehrsanwalt der Frau vorzuschießen. Es kommt nicht darauf an, ob die Frau nach Lage der Sache berechtigt ist, sich eines solchen zu bedienen. Die Kosten sind diejenigen, die von der Ehefrau ihrem Anwalte geschuldet werden.

4. KGBl. 13 120 (KG.). Einstweilige Verfügung auf Vorschuß auch zulässig gegen den Ehemann, der Österreicher ist.

§ 1388. Über Schultzenstein vgl. oben zu § 1385.

§ 1405. **RG.** 84 45, JW. 14 358, R. 14 Nr. 488, 490. Der Ehemann darf die Einwilligung zum Betriebe des Handelsgeschäfts nicht grundlos, aus persönlichen Gründen, die einen Rechtsmißbrauch darstellen, widerrufen. In diesem Falle ist der Widerruf nicht zu beachten. Eine Pflicht, das eingebrachte Gut herauszugeben (§ 1373), besteht dann nicht.

§ 1407. BreslauAK. 14 13 (Breslau). Die Ehefrau bedarf der Zustimmung des Ehemanns nicht zum Antrag auf Zwangsversteigerung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zum Zwecke der Teilung.

3. Schuldenhaftung.

§ 1411. Konkurs der Frau. Königswarter, Die Rechtsstellung des Mannes zum Frauengut und der Konkurs der Ehefrau bei den gesetzlichen Güterständen, geht von dem Konkursbeschlagrecht aus, das dem Konkursverwalter als Rechtssubjekt zusteht, der es jedoch als Vertreter der Interessen der Gläubiger ausübt. I. Konkurs ist einheitlich. Sonderkonkurs tritt nicht ein. Die Zahlungsunfähigkeit der Frau ist einheitlich festzustellen; dabei sind an sich Mittel der Frau, die nicht zum Konkurse gezogen werden können, also z. B. das eingebrachte Gut, wenn nur Vorbehaltsgläubiger vorhanden sind, nicht zu berücksichtigen. Aber andererseits ist doch für die Einheitlichkeit die Gesamtmasse insoweit immer heranzuziehen, als das objektive Moment der Zahlungsunfähigkeit in Frage gestellt wird. Objektiv müssen daher entweder die Vorbehaltsschulden das Vorbehaltsgut oder sämtliche Schulden das der Zwangsvollstreckung der Vollgläubiger wirklich unterliegende eingebrachte Gut und das Vorbehaltsgut übersteigen. II. Der Konkurs berührt das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes nicht, wohl aber zieht der Konkursverwalter als Vertreter der Vollgläubiger das eingebrachte Gut zur Masse und verwirklicht hierdurch den Anspruch dieser Vollgläubiger auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Der Vollgläubiger hat neben dem Anspruche gegen die Frau ein akzessorisches Recht gegen den Ehemann, daß dieser sein Recht an dem eingebrachten Gute nicht geltend mache. Daraus erwächst dieser prozessuale Anspruch auf Duldung der Vollstreckung. III. Die Verteilung der Masse geschieht derart, daß die Vollgläubiger zuerst aus dem eingebrachten Gute befriedigt werden, und dann mit dem Ausfall in das Vorbehaltsgut konkurrieren. Begründung: a) Die Vorbehaltsgläubiger haben bei Konkurseröffnung keinen Rechtsanspruch auf Befriedigung aus der eingebrachten Masse. b) Konkurrenz mit dem Ausfalle deshalb, weil nur ein einheitlicher Vermögensträger vorhanden, § 68 KO. deshalb unanwendbar ist. c) Die Erstverteilung des eingebrachten Vermögens ist notwendig im Interesse der Vorbehaltsgläubiger und weil nur so eine möglichst gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger erzielt wird. IV. Das Recht der Vollgläubiger auf diese Verteilungsart muß schon im Prüfungstermin als Vorrecht angemeldet und festgestellt werden. V. Beim Zwangsvergleiche dagegen ist eine verschiedenartige Befriedigung der Voll- und Vorbehaltsgläubiger ausgeschlossen.

§ 1411. Reich, JheringsJ. **63** 169 ff. Stellung des Ehemanns zu den dem eingebrachten Gute gegenüber wirksamen Verbindlichkeiten der Frau. 1. Der Vollgläubiger hat gegen den Ehemann einen Anspruch auf Leistung. Weil die Frau infolge ihrer Beschränkung ihr Verfügungsrecht nicht ausüben kann, ist ein Teil dieses Rechtes auf den Mann übergegangen, der diesen Teil durch seine Zustimmung verwirklicht. Die gleiche Spaltung vollzieht sich in dem Anspruche des Vollgläubigers. Die Klage auf Duldung der Vollstreckung verwirklicht den Teilanspruch gegen den Mann, da die Frau allein nicht mehr selbständig erfüllen kann. Soweit die Frau dagegen frei verfügen kann (§ 1405 BGB., § 741 ZPO.), bedarf es eines Anspruchs gegen den Mann nicht. 2. Die beiden Ansprüche stehen nicht im Verhältnisse von Gesamtschulden oder Gesamthandschulden, aber § 425 BGB. findet analog Anwendung. 3. Der Teilanspruch gegen den Mann auf Duldung wird fällig mit dem Anspruche gegen die Frau, nicht, wie Kohler annimmt, im Zeitpunkte der Vollstreckung. 4. Der Mann ist der Frau gegenüber bezüglich der Erfüllung der Vollschulden als kraft Gesetzes bestellter Erfüllungsgehilfe anzusehen, so daß die Frau nach § 278 wegen Verletzung seiner Mitwirkungspflicht haftet. 5. Wenn der Ehemann seine Mitwirkung verweigert, so liegt subjektive Leistungsunmöglichkeit der Ehefrau nicht vor. Ist diese Weigerung allein kausal für das Unterbleiben ihrer Leistung, so ist lediglich aus seiner Person zu entscheiden, ob solche subjektive Unmöglichkeit vorliegt.

§ 1412. LeipzZ. **14** 197 (KG.). Die Zustimmung zu einem Kaufvertrag und der Vereinbarung von Teilzahlungen des Kaufpreises enthält noch nicht die Zustimmung zur Akzeptation von Wechseln der Frau für diese Teilverbindlichkeiten.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. 1. **RG.** **84** 48, JW. **14** 358, R. **14** Nr. 491. Wenn die Frau ein Recht auf Sicherstellung hat, kann sie es dadurch ausüben, daß sie das Eingebrachte zurückbehält. Der Herausgabeanspruch des Mannes ist dann unberechtigt.

2. **RG.** WarnE. **14** 363. Der Anwendung des § 1418 Nr. 2 steht nicht entgegen, daß der Mann geglaubt hat, er sei nicht zur Unterhaltsleistung verpflichtet.

3. **RG.** R. **14** Nr. 363. Die freiwillige Rückgewähr des eingebrachten Gutes ist, falls der Frau ein Anspruch auf Rückgewähr zusteht, auch ohne Abschluß eines Gütertrennungsvertrags gültig.

§ 1421. 1. **RG.** R. **14** Nr. 637. Wenn der Ehemann das Kapital in eine offene Handelsgesellschaft verliehen hat, so ist durch die Rückzession der Forderung die Rückgabepflicht nicht ohne weiteres erfüllt.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1433. Hat der Ehemann mit Zustimmung der Frau eingebrachte Hypothekenforderungen für seine persönlichen Schulden verpfändet und die Gläubiger aus den Hypotheken befriedigt, so erlangt die Ehefrau einen persönlichen Ersatzanspruch gegen den Mann in der Weise, daß die Pfandforderung auf sie übergeht.

5. Gütertrennung.

§ 1427. 1. Königswarter aaO. 13. Die Beitragspflicht aus § 1427 Abs. 2 besteht während des Konkurses der Ehefrau nicht. Nur wegen solcher Rückstände, die ungeachtet der Aufforderung nicht geleistet sind, kann der Ehemann als Konkursgläubiger auftreten.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1279. Die Ehefrau kann von dem für die Ehelasten bestimmten Zuschuß ihres Vaters einen angemessenen Teil für sich als Nadelgeld zurückbehalten.

§ 1430. Königswarter aaO. 18 ff. Der Mann hat die Einkünfte des verwalteten Vermögens, soweit er sie vor der Konkurseröffnung bezogen hat, zur Konkursmasse der Frau nicht herauszugeben, weil seine Verfügungsmacht gegen-

über den einmal bezogenen Einkünften mit der Beendigung der Verwaltung nicht erloschen ist.

§ 1431. Königswarter aaO. 10 ff. Im Konkurse der in Gütertrennung lebenden Frau gibt es keine verschiedenen Gläubigergruppen, denn der Dritte, der durch § 1435 geschützt werden soll, wird nicht allgemein hinsichtlich seiner Befriedigung in die Lage versetzt, als wenn gesetzliches Güterrecht vorläge.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. Neubecker, Der Ehe- und Erbvertrag im internationalen Verkehre, gibt eine rechtsphilosophische und rechtsvergleichende Darstellung des Ehevertrags und Erbvertrags. Nach ihm gewinnt der Ehevertrag seine Bedeutung aus seinem erbrechtlichen Inhalt im weitesten Sinne, der Regulierung der Verhältnisse nach dem Tode eines Ehegatten. N. hält z. B. einen Ehevertrag für zulässig, nach welchem die Gütergemeinschaft erst beim Tode des Erstversterbenden eintreten soll. Gattenerbvertrag und Ehevertrag sind daher als Einheit aufzufassen. Dieser Grundgedanke ist im deutschen Rechte auch dadurch verwirklicht, daß der besondere Gattenerbvertrag in den wesentlichsten Beziehungen mit Ausnahme der Anfechtung sich nach den Normen des Ehevertrags, nicht nach denen des gewöhnlichen Erbvertrags zu richten habe.

2. Wegen der Frage, inwieweit ein vor 1900 geschlossener Ehevertrag des Inhalts, daß der altrechtliche Güterstand unvermindert bestehen bleiben solle, auch nach 1900 Gültigkeit haben kann, vgl. ZBlFG. **15** 308.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§§ 1438, 1439. 1. Mit der Befugnis des Ehegatten, die Eintragung des von ihm für die Gütergemeinschaft erworbenen Grundstücks entweder auf seinen Namen allein oder auf die Gütergemeinschaft eintragen zu lassen, hat sich jetzt auch das RG. wiederholt beschäftigt (vgl. JDR. 12). a) **RG. 84** 71, JW. **14** 413, RJA. **13** 283, RheinNotZ. **59** 29, R. **14** Nr. 638, BayNotZ. **14** 316, ZBlFG. **14** 821. Der erwerbende Ehemann darf die Eintragung auf sich verlangen, auch wenn der Grundbuchrichter die Gütergemeinschaft kennt. Gegen KG. b) **RG. 84** 326, JW. **14** 761, ebenso HessRspr. **14** 104. Der erwerbende Ehemann kann ohne Zustimmungserklärung der Frau die Eintragung als Gesamtgut verlangen, und zwar weil die Frau den Rechtserwerb nicht ablehnen kann. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Mann kraft des Verwaltungsrechts die Zustimmung der Ehefrau für sie erklären könne, was das BayObLG., BayObLG. **14** 418, ZBlFG. **15** 142, RJA. **13** 160, SeuffA. **69** 461, KGJ. **46** 251 bejaht, während das KG. RheinNotZ. **58** 272, ZBlFG. **14** 678 und Darmstadt KGJ. **46** 256, RJA. **13** 163, ZBlFG. **15** 145, R. **14** Nr. 2083 verneint. c) BayObLG. **15** 111 (BayObLG.). Die erwerbende Ehefrau kann dagegen ohne Zustimmung des Ehemanns nicht das Grundstück als Gesamtgut eintragen lassen.

2. Wegen der Eintragung auf den erwerbenden Ehemann vgl. noch Hirsch, DJZ. **14** 988, Bourier, BayNotZ. **14** 243, wegen der Eintragung auf die Gütergemeinschaft Bollenbeck, RheinNotZ. **58** 245 und Brementhal, daselbst **58** 277, sowie Beer, ZBlFG. **14** 582.

§ 1445. 1. BayObLG. **14** 499, SeuffA. **69** 366, BayNotZ. **13** 425, R. **14** Nr. 218, 219, BayRpflZ. **14** 480 (BayObLG.). Die Witwe in fortgesetzter Gütergemeinschaft darf für eine auf dem gütergemeinschaftlichen Grundstücke lastende Hypothek keine Zinserhöhung, wohl aber Unterwerfung unter sofortige Zwangsvollstreckung ohne Zustimmung der Abkömmlinge bewilligen.

2. **RG.** ZBlFG. **15** 570, R. **14** Nr. 3017. Der Ehemann kann ohne Zustimmung der Ehefrau vor der Auflassung eines verkauften gütergemeinschaftlichen Grundstücks den Kaufvertrag allein mit dem Käufer rückgängig machen.

3. KGJ. **43** 256, JDR. **12** 1, auch RJA. **12** 161.

4. BayObLG., JDR. **12** 2, auch BayObLG. **14** 241.

§ 1460. HansGZ. **14** Beibl. 178 (AG. Hamburg). Eine Verbindlichkeit der Ehefrau aus § 179 ist keine obligatio ex lege, sondern eine kontraktmäßige Verpflichtung und deshalb mangels der Zustimmung des Ehemanns keine gütergemeinschaftliche Schuld.

§ 1465. Mayer, WürttZ. **14** 193. Die Aussteuer des § 1620 fällt unter die Ausstattung im Sinne des § 1465.

§ 1467. Becher, R. **14** 123. Der § 1467 Abs. 2 schließt anders wie § 1394 weder die Feststellungsklage, noch die Klage auf künftige Leistung, noch § 259 ZPO., sondern nur die Klage auf sofortige Leistung aus. Das wird aus dem Unterschied, sowie aus der Entstehungsgeschichte beider Normen gefolgert, die bei der Gütergemeinschaft lediglich ein Ruhen der Erfüllungspflicht, bei dem gesetzlichen Güterstande eine prozessuale Beschränkung der Frau im Auge haben.

§ 1472. SeuffA. **69** 464 (München). Einziehung von Pachtzinsen nach Aufhebung der Gütergemeinschaft ist keine zur Erhaltung des Gesamtguts notwendige Maßregel.

§ 1477. 1. **RG.** **85** 1, LeipzZ. **14** 1532, GruchotsBeitr. **59** 135. Das Übernahmerecht aus § 1477 Abs. 2 ist nicht höchstpersönlich. Es steht den Erben des Ehegatten zu. Die Testamentsvollstrecker sind zur Geltendmachung ihres Anspruchs legitimiert, obwohl weder Erben noch Testamentsvollstrecker zur Bewirkung der für die Übernahme in Betracht kommenden Auseinandersetzung befugt sind, diese Auseinandersetzung vielmehr nur von den Vertretern des Gesamtguts vorgenommen werden kann. Das Übernahmerecht kann schon vor Beendigung dieser Auseinandersetzung ausgeübt werden, wenn zweifelsfrei feststeht, daß der Gegenstand der Übernahme nicht zur Berichtigung der Gesamtgutsschulden heranzuziehen ist.

§ 1487. BayObLG. **14** 624, ZBlFG. **14** 812 (BayObLG.). Auch ein Überlassungsvertrag kann zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehören. Die Zustimmung der verheirateten Tochter des in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Ehemanns bedarf noch der Zustimmung ihres Ehemanns. Der Vormundschaftsrichter kann und muß beide ersetzen.

§ 1489. OLG. **28** 161 (Hamburg). Der Anspruch, welcher dem überlebenden Ehegatten aus einem Vertrage zu seinen Gunsten nach § 328 erwächst, fällt zwar in die Masse der fortgesetzten Gütergemeinschaft, wenn über diese aber eine Verwaltung in Anwendung des § 1975 ff. angeordnet ist, nicht in die der Samtgutsverwaltung unterliegende Masse. Aufrechnung mit Samtgutsschulden ist deshalb nicht möglich.

§ 1507. Die Entscheidung des KG. über das Negativzeugnis (JDR. **12** 1) findet sich noch KGJ. **45** 246, DJZ. **14** 441, RJA. **13** 154, R. **14** Nr. 2084, DNotV. **14** 38, BayNotZ. **14** 113.

§§ 1510, 1518. HansGZ. **14** Beibl. 230, ZBlFG. **15** 265 (Hamburg). Jeder Ehegatte kann in Gütergemeinschaft einen Testamentsvollstrecker nur für seinen zukünftigen Nachlaßanteil ernennen. Der überlebende Ehegatte kann sich auch nicht durch Erbvertrag unter Lebenden bezüglich der Verwaltung seines Anteils binden.

§§ 1511, 1516. HansGZ. **14** Beibl. 304 (Hamburg). Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Alleinerben führt bei beerbter Ehe stets zum Ausschlusse der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

4. Fahrnisgemeinschaft.

§ 1549. **RG.** WarnE. **14** 365. Die Ehefrau in Fahrnisgemeinschaft kann allein den ganzen Unfallschaden einklagen, auch den wegen verminderter Erwerbsfähigkeit. Zustimmung des Ehemanns zur Prozeßführung ist nicht dem Gegner zu erklären, kann daraus gefolgert werden, daß er im Prozeß als Zeuge vernommen wird, ohne die Prozeßführung zu widerrufen.

§ 1551. 1. *Engländer, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft 196. Der Anteil eines Gesamthänders an den einzelnen Gegenständen ist unbedingt Gegenstand vermögensrechtlicher Natur. Er ist zwar unverfügbar, grundsätzlich rechnerisch nicht bestimmt (nicht ein Quotenrecht), aber doch nicht „unpraktisch". Nur weil auch an den einzelnen Nachlaßgegenständen sachenrechtliche Anteile eines Miterben angenommen werden müssen, kann man insoweit den Anteil des erbenden Ehegatten in sein eingebrachtes Gut und nicht in das Gesamtgut fallen lassen, was dann bei der Teilung des Gesamtguts von höchster Bedeutung ist (262).

2. *Ott, BadNotZ. **14** 136 ff. Die auch vom **RG.** JW. **11** 655 und **RG. 75** 295 gebilligte Auslegung der §§ 1551, 1554, wonach beim Anfalle von beweglichem und unbeweglichem Vermögen für die Zugehörigkeit zum eingebrachten und zum Gesamtgute des Miterben der Bestand der ungeteilten Erbschaft entscheidet, verdient den Vorzug vor den anderen Ansichten. Der Miterbe erwirbt durch den Erbfall auch Anteile an den einzelnen unbeweglichen Gegenständen und tritt auch zu ihnen in unmittelbare Beziehung. Deshalb greift der Ersetzungsgrundsatz des § 1554 Satz 1 Platz und entscheidet nicht das von Zufälligkeiten und Willkür abhängende Ergebnis der Teilung. Letztere würde einen rechtsgeschäftlichen Erwerb vermitteln und hat auf den Erbfall keine rückwirkende Kraft. Müßte man aber annehmen, daß § 1554 Satz 2 Anwendung findet, so müßten auch die Grundstücke Gesamtgut werden, die bei der Auseinandersetzung zugeteilt werden, und zwar auch dann, wenn der Nachlaß ausschließlich in Grundstücken bestände. Eine solche Lösung würde den Grundsätzen der auf die Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der errungenen Grundstücke beschränkten Fahrnis nicht gerecht.

III. Güterrechtsregister.

§ 1558. 1. KGJ. **45** 187, PosMSchr. **14** 13, OLG. **30** 134, ZBlFG. **15** 564 (KG.). Der Registerrichter hat weder nachzuprüfen, ob die Erklärungen der Wahrheit entsprechen, noch den Nachweis zu verlangen.

2. Hartmann, R. **14** 326. Auch außer Deutschland sind Güterrechtsregister zu führen, und zwar sowohl in den deutschen Schutzgebieten wie dort, wo deutsche Konsulargerichte existieren. In letzteren Gebieten hat sie der Konsul, in den ersteren der an Stelle des Konsuls zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigte Beamte zu führen.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Vorbemerkung: Außergewöhnlich groß ist die Zahl der Entsch. des RG., die die Frage der Anwendbarkeit des § 1568 BGB. zum Gegenstande haben. Von besonderem Interesse ist die Entsch. JW. **14** 762 (Ziff. II 1 a zu § 1568), die die Klage aus § 1568 versagt, wenn der gekränkte Ehegatte die Verfehlungen des anderen Ehegatten nicht als ehewidrig zu empfinden vermag, weil ihm zufolge Geisteskrankheit das Verständnis für das Wesen der Ehe abgeht. Dagegen mit beachtenswerten Gründen Klein, ÖstZBl. **14** 671. — In Übereinstimmung mit dem RG., LeipzZ. **15** 36, sieht Kuntze, GruchotsBeitr. **58** 800 (Ziff. I 1, 2 zu § 1570) in der Verzeihung kein Rechtsgeschäft, sondern eine innere Tatsache. — Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten hat das RG. (zu § 1578) wiederholt beschäftigt, insbes. auch (Ziff. IV) sein Verhältnis zu einem Anspruch aus § 823 BGB.

§ 1564. 1. KGBl. **14** 37 (KG.). Das deutsche Gericht ist zuständig, eine Ehe zu scheiden, die der Ehemann in New York geschlossen hat, bevor er dort die Staatsangehörigkeit erworben hatte.

2. Vgl. *Pagenstecher unten zu § 606 ZPO.

§ 1565. I. Ehebruch. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1846, 1850. Dem Ehebruche steht es nicht gleich, wenn ein Samenerguß durch andere Berührungen als den natürlichen Geschlechtsverkehr hervorgerufen ist. Hat der andere Ehegatte eine solche Handlungsweise verziehen, so erstreckt sich doch die Verzeihung nicht ohne weiteres auf einen außerdem begangenen Ehebruch, wenn er erst nach der Verzeihung dem anderen Ehegatten bekannt geworden ist.

2. OLG. **29** 181, HansGZ. **14** Beibl. 297 (Hamburg). Der Geschlechtsverkehr, den ein Ehegatte in der irrtümlichen Annahme pflegt, seine Ehe sei geschieden, stellt keinen Ehebruch im Sinne des § 1565 dar (HansGZ. **11** Beibl. 135, JDR. **10** 2).

3. *Pagenstecher, RheinZ. **6** 557. Wenn ein Mann, nachdem seine Ehe durch ein (zwischen ihm und seiner angeblichen Ehefrau ergangenes) Ehefeststellungsurteil für nicht bestehend erklärt worden ist, mit einer anderen Frauensperson geschlechtlich verkehrt, und alsdann das Feststellungsurteil im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt wird, so liegt ein Ehebruch nicht vor. Ob der Mann wußte, daß das Feststellungsurteil zu Unrecht ergangen war, ist gleichgültig.

II. Verschulden. **RG.** R. **14** Nr. 783. Wie im Falle des § 1568 ist auch im Falle des § 1565 ein Verschulden des Ehegatten Voraussetzung der Ehescheidung. Das Verschulden wird durch eine geistige Erkrankung ausgeschlossen, durch die die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist.

III. Zustimmung zum Ehebruche. 1. a) **RG.** LeipzZ. **14** 1532, JW. **14** 982, GruchotsBeitr. **58** 1046, BayRpflZ. **14** 425, R. **14** Nr. 2475. Die Zustimmung zur Begehung eines Ehebruchs ist ein rein tatsächlicher Vorgang und braucht deshalb nicht dem anderen Ehegatten gegenüber erklärt zu werden, ja nicht einmal zu dessen Kenntnis zu kommen. Der Zustimmung wird auch nicht dadurch ihre Wirksamkeit genommen, daß sie aus dem Wunsche heraus, geschieden zu werden, erteilt wird. **b)** Ebenso **RG.** R. **14** Nr. 2473, wo ferner **ausgeführt wird:** Die Zustimmung kann in der Beauftragung eines Detektivs mit der Beschaffung von Ehebruchsbeweisen liegen, wenn schließlich dieser Beauftragte selbst den Ehebruch begeht. Diese Zustimmung gilt auch nicht als mit der Erhebung der Scheidungsklage widerrufen, wenn dabei gerade auf die von dem Kläger eingeleitete Verführung zum Ehebruche gerechnet wird.

2. **RG.** JW. **14** 473, BayRpflZ. **14** 192. Die Zustimmung zum Ehebruche kann wirksam auch dann zurückgenommen werden, wenn dem Zurücknehmenden das ehebrecherische Treiben des anderen Teiles innerlich vollständig gleichgültig ist und an sich die Fortdauer der Ehe nicht unerträglich machen würde. Es kommt insoweit ausschließlich auf die Willenskundgebung des Zurücknehmenden an, nicht auf seine innere Gesinnung.

§ 1567. 1. a) HansGZ. **14** Beibl. 294, OLG. **30** 53 (Hamburg). Die Verurteilung der Ehefrau, die eheliche Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne wiederherzustellen, beruht auf der Annahme, daß es dem Kläger mit dem Verlangen nach Herstellung dieser Gemeinschaft ernst sei. Diese Annahme muß die Beklagte mit der Rechtskraft jenes Urteils als rechtskräftige Feststellung gegen sich gelten lassen. Die Annahme, daß sie gegen den Willen des Klägers in böslicher Absicht dem Urteile nicht Folge geleistet habe, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie bei ihrem Fernbleiben an das Einverständnis des Klägers geglaubt hat, wenn kein Anhalt für die weitergehende Annahme besteht, der Kläger lehne nunmehr sogar die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft seinerseits ab. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1047, BayRpflZ. **14** 209, R. **14** Nr. 935. Es geht nicht an, im Falle des Abs. 2 Nr. 1 dem beklagten Ehegatten die Berufung auf einen guten Glauben zu gestatten, der nur auf eine unrichtige Auffassung von der Bedeutung und der Tragweite des Urteils hinausläuft, mag er auch auf einer nach Erlaß des Herstellungsurteils erteilten vertrauenswürdigen Auskunft eines Rechtsverständigen beruhen. Wie der

Zweck des Herstellungsurteils in Verbindung mit der Rechtskraft dazu nötigt, zur Rechtfertigung der Weigerung häuslicher Gemeinschaft die Anführung neuer Umstände zu fordern, so genügt er auch dazu, die bloße Berufung auf eine unrichtige Auffassung von der Bedeutung des Herstellungsurteils ganz auszuschließen, wenn keine neuen Weigerungsgründe geltend gemacht werden.

2. HansGZ. **14** Beibl. 293, OLG. **30** 53 (Hamburg). Der auf Scheidung verklagte Ehegatte, der das ihn zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilende Erkenntnis nicht befolgt hat, kann seine Weigerung weder auf solche Tatsachen stützen, die er in dem Vorprozesse hätte geltend machen können, noch auf Tatsachen, die er erst nach Ablauf der Jahresfrist seit der Rechtskraft des Herstellungsurteils erfahren hat.

3. **RG.** R. **15** Nr. 318. Der Scheidungsgrund der böslichen Verlassung entsteht nur, wenn das durch gerichtliche Entscheidung als eigenmächtig und böslich festgestellte Fernbleiben des Ehegatten während Jahresfrist nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung fortdauert. Ändern sich während der Jahresfrist die Verhältnisse, so daß das Fernbleiben nicht mehr, wie zur Zeit des Erlasses des Herstellungsurteils, eigenmächtig oder böslich ist, so kann das Herstellungsurteil nicht mehr zur Begründung der Klage aus § 1567 dienen, vielmehr bedarf es dann der Erwirkung eines neuen Herstellungsurteils.

§§ 1567, 1568. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1847, 1848, 1849. Der Umstand allein, daß ein Ehegatte sich böswillig von der häuslichen Gemeinschaft fernhält (§ 1567), genügt ohne das Hinzutreten ganz besonderer Umstände nicht, um die Anwendung des § 1568 zu rechtfertigen. Die Nichtbetätigung im Haushalte kann der Frau nicht zum Vorwurfe gemacht werden, wenn sie dem Willen des Mannes entspricht. Die Zögerung in der Befolgung eines auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft lautenden Urteils kann einen Scheidungsanspruch nur begründen, wenn sie ein Jahr hindurch nach der Rechtskraft des Urteils gegen den Willen des Klägers gedauert hat.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 1359. Hat der Ehemann, nachdem seine Frau zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilt worden ist, dieser deutlich zu erkennen gegeben, daß er ihre Rückkehr bedauere und es gern gesehen hätte, wenn sie ferngeblieben wäre, so kann daraus, daß daraufhin die Frau den Mann verlassen hat und damit seinem ihr ausgesprochenen Wunsche nachgekommen ist, eine Eheverfehlung der Frau nicht hergeleitet werden. Anders würde die Sache zu beurteilen sein, wenn der Ehemann inzwischen seinen Sinn geändert und seiner Frau zu erkennen gegeben hätte, daß er gewillt sei, die Ehe mit ihr fortzusetzen.

§ 1568. I. Objektiver und subjektiver Maßstab bei Beurteilung einer Eheverfehlung. 1. **RG** R. **14** Nr. 2085, 2086, 2087. Für die Annahme einer Eheverfehlung ist nicht vorausgesetzt, daß eine Absicht, das eheliche Empfinden des anderen Ehegatten zu kränken, feststellbar ist. Vielmehr genügt dazu in objektiver Hinsicht die Unverträglichkeit der Handlungsweise eines Ehegatten mit den durch die Ehe begründeten Pflichten und in subjektiver Beziehung die Feststellung, daß der Ehegatte bei rechter ehelicher Gesinnung sein Verhalten als ehewidriges hätte erkennen müssen. Daß hiernach eine verheiratete Frau dadurch, daß sie sich als Witwe ausgibt, sich einer Eheverfehlung schuldig machen kann, ist nicht zu bezweifeln. — Hat die Frau den Mann strafbarer Handlungen bezichtigt, so ist für die Beurteilung erheblich, ob die Bezichtigungen der Wahrheit entsprochen haben, ob sie sie für wahr gehalten hat oder doch für wahr halten durfte und ob für sie ein Anlaß bestand, die ihren Ehemann herabsetzenden Mitteilungen Dritten zu machen. — Nur unter ganz besonderen Umständen kann angenommen werden, daß bei bestehender Ehezerrüttung eine Ver-

tiefung dieser Zerrüttung durch schwere Eheverfehlungen des anderen Ehegatten nicht mehr möglich war.

2. **RG.** WarnE. **14** 476, R. **14** Nr. 639, 640, 641. Hohe Erregbarkeit und hysterische Veranlagung können zwar gegebenenfalls die freie Willensbestimmung und damit die Verantwortlichkeit für Verfehlungen gänzlich ausschließen, brauchen es aber nicht, vielmehr kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an. Auch bei der Frage, ob eine schwere Eheverfehlung vorliege, können hochgradige Erregbarkeit und hysterische Veranlagung eine Rolle spielen. Verfehlungen, die nicht bloß vom Standpunkte des einzelnen Ehegatten aus, sondern auch bei der Anlegung eines allgemeinen Maßstabs geeignet sind, die eheliche Gesinnung des anderen Ehegatten zu zerstören, sind ohne weiteres schwere Eheverfehlungen. Das Recht stellt an jeden, dessen freie Willensbestimmung nicht durch krankhafte Störung seiner Geistestätigkeit ausgeschlossen ist, die Anforderung, daß er sich zusammennimmt und seiner Stimmung Herr wird. Der Tatbestand des § 1568 erfordert nicht, daß der schuldige Ehegatte sich der Möglichkeit einer ehezerrüttenden Wirkung seines Verhaltens auf den anderen Teil bewußt gewesen sei oder daß er sich doch bei gehöriger Überlegung dessen hätte bewußt werden müssen; nicht abweichend JW. **01** 296, GruchotsBeitr. **46** 133, JDR. **1** Ziff. 7 d zu § 1568.

II. Empfindung der Ehezerrüttung. a) **RG.** JW. **14** 762, LeipzZ. **14** 1201, R. **14** Nr. 1697. Eine Ehescheidung auf Grund des § 1568 ist nicht angängig, wenn der gekränkte Ehegatte die Verfehlungen des anderen nicht als ehewidrig zu empfinden vermag, weil ihm zufolge Geisteskrankheit das Verständnis für das Wesen der Ehe und für die durch sie begründeten sittlichen Pflichten der Ehegatten abgeht. Für die Empfindung der Ehezerrüttung kommt es nur auf das persönliche Empfinden des Ehegatten, nicht auf das des gesetzlichen Vertreters an. Die hierzu erforderlichen geistigen Fähigkeiten können unter Umständen auch bei einem geschäftsunfähigen Ehegatten vorhanden sein. Der gekränkte Gatte wird genügend durch Entfernung aus der häuslichen Gemeinschaft geschützt. b) Im Gegensatze hierzu will *Klein, ÖstZBl. **14** 671, lediglich das rein seelische Verhalten des verletzten Ehegatten berücksichtigt wissen.

III. Zustimmung zur Eheverfehlung. 1. **RG. 85** 204, JW. **14** 982, R. **14** Nr. 2479. Für den Fall des § 1568 ist allerdings eine dem § 1565 Abs. 2 entsprechende Vorschrift nicht gegeben. Wenn jedoch der Ehebruch, dem der andere Teil zugestimmt hat, kein Scheidungsgrund sein soll, so muß dies erst recht von einer geringeren Verfehlung, wie es ein ehewidriges Verhalten gegenüber einer Person des anderen Geschlechts ist, gelten.

2. **RG.** WarnE. **15** 73. Hat die Frau der Eheverfehlung ihres Mannes zugestimmt, so würde, selbst wenn die Eheverfehlung an sich die Wirkung gehabt haben könnte, ihre eheliche Gesinnung zu zerstören, die dadurch verursachte Ehezerrüttung nicht die Annahme rechtfertigen können, daß der Ehefrau die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zuzumuten sei. Dasselbe gilt, wenn die Eheverfehlung des Mannes im Plane der Frau lag, um dadurch einen Ehescheidungsgrund zu gewinnen.

IV. Schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten. **RG.** WarnE. **14** 311. Schwere Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten sind solche, die unter gewöhnlichen Verhältnissen auch bei einem von rechter ehelicher Gesinnung erfüllten Ehegatten eine völlige Entfremdung herbeiführen und geeignet sind, ihm die Fortsetzung der Ehe zu einer unerträglichen Last zu machen. Behauptungen beleidigenden Inhalts können auch dann schwere Eheverfehlungen darstellen, wenn sie der Wahrheit entsprechen und nicht in der Absicht der Kränkung aufgestellt sind. Wer das Vorhandensein einer unter irgend-

einem Gesichtspunkte schwerer wiegenden Eheverfehlung behauptet, hat im Ehestreite die Verfehlung in ihrem vollen Umfange darzutun.

V. Einzelne Fälle. A. Trunksucht. 1. **RG.** DJZ. **14** 937, LeipzZ. **14** 1360. Trotz Abwendung des Ehegatten von der Trunksucht vor der letzten mündlichen Verhandlung kann dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden, wenn die Trunksucht eine solche Verächtlichkeit der Gesinnung ergeben hat, daß damit die Grundlagen des ehelichen Zusammenlebens für immer zerstört sind.

2. **RG.** JW. **14** 592, R. **14** Nr. 2476. Ist die Trunksucht eines Ehegatten auf erbliche Belastung zurückzuführen, so kann sie eine hierdurch hervorgerufene bloße Geistes- und Willensschwäche hinlänglich entschuldigen, um eine schwere Verfehlung im Sinne des Gesetzes zu verneinen.

B. Unwahre oder bloßstellende Behauptungen und Bezichtigungen. 1. a) OLG. **30** 55 (Naumburg). Auch Prozeßbehauptungen können eine schwere Eheverfehlung im Sinne des § 1568 darstellen, aber jedenfalls dann nicht, wenn unrichtige Behauptungen subjektiv und objektiv in Wahrnehmung berechtigter Interessen aufgestellt sind. **b) RG.** R. **14** Nr. 784. Das Aufstellen erlogener, den Prozeßgegner auf das Schwerste bloßstellender Behauptungen enthält eine schwere Eheverfehlung im Sinne des § 1568 und kann nicht mit Verteidigungszwecken entschuldigt werden.

2. **RG.** R. **14** Nr. 222. Eine schwere Verletzung der ehelichen Pflichten kann darin gefunden werden, daß die Ehefrau der früheren Frau ihres Mannes aus Bosheit Beweismittel an die Hand gibt, um das Kind erster Ehe ihrem Manne wegzunehmen.

3. a) **RG.** R. **14** Nr. 1577. In gewissen Mitteilungen (z. B. über das Geschlechtsleben des anderen Ehegatten) kann, selbst wenn die Angaben wahr sind, eine erhebliche Eheverfehlung liegen. Vgl. auch unten zu § 1573. **b)** Dasselbe gilt von unwahren Mitteilungen an die Kinder über den Lebenswandel des Vaters. **RG.** WarnE. **14** 426.

4. **RG.** R. **14** Nr. 1575, 1576. Hat die Ehefrau den nicht ungerechtfertigten Verdacht eines ehebrecherischen oder unehrlichen Verhaltens ihres Ehemanns, so braucht in dem Umstande, daß sie deshalb Nachforschungen angestellt hat, noch nicht ohne weiteres eine Eheverfehlung erblickt zu werden. Dasselbe gilt von der Erstattung einer Anzeige bei der vorgesetzten Behörde des Mannes, wenn der Mann erst durch sein liebloses und pflichtvergessenes Handeln den Anlaß zu den Verfehlungen seiner Frau gegeben hat.

5. OLG. **30** 55 (Hamburg). Die Bezichtigung des Ehebruchs kann dann als ein weniger schwer einzuschätzendes Verschulden angesehen werden, wenn der Grund dazu auf Eifersucht zurückzuführen ist.

C. Verstoß gegen die eheliche Treue. 1. LeipzZ. **14** 1228 (München). In der Aufforderung zu einem ehebrecherischen Geschlechtsverkehr ist ein ehewidriges, die Scheidung aus § 1568 rechtfertigendes Verhalten zu erblicken.

2. LeipzZ. **14** 1629 (München). Der bloße Verdacht ehelicher Untreue bildet nicht ohne weiteres einen Scheidungsgrund. Liegen jedoch tatsächliche Anhaltspunkte vor, die einen solchen Verdacht stützen, so kann die Unterlassung dessen, was der Ehegatte zur Beseitigung des Verdachts tun könnte und sollte, als ein Verstoß gegen die durch die Ehe begründeten Pflichten angesehen werden.

3. **RG.** R. **14** Nr. 67. Eine schwere Eheverfehlung liegt nicht ohne weiteres darin, daß die Ehefrau nachts einen Verehrer in ihrem Wagen eine Strecke Weges mitnimmt, weil er erklärt hat, daß er sonst sein Reiseziel nicht mehr erreichen würde.

D. Versagung der ehelichen Pflicht. 1. RG. WarnE. 14 87. Eine grundlose und hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht liegt erst dann vor, wenn der sich weigernde Ehegatte sein Verhalten trotz ernstlichen Verlangens des anderen Ehegatten nicht ändert, sondern bei seinem Widerstreben verharrt (JW. 01 456).

2. RG. R. 14 Nr. 2088. Darin, daß die Frau sich über die objektiv unbegründete Furcht vor dem ehelichen Umgange nicht hinweggesetzt hat, kann ein Verschulden im Sinne des § 1568 erblickt werden.

3. RG. R. 15 Nr. 317. Der Ehefrau ist die Verweigerung des Geschlechtsverkehrs nicht als Verschulden im Sinne des § 1568 zuzurechnen, wenn das Verhalten ihres Mannes derart lieblos und ehewidrig war, daß ihr die Fortsetzung des Geschlechtsverkehrs nicht zugemutet werden konnte.

E. Unsittliches Verhalten. 1. RG. R. 14 Nr. 2477. Es kann die Scheidung begründen, wenn der Mann kurz vor der Eheschließung an Tripper erkrankt war, dann ohne nochmalige genaue ärztliche Untersuchung geheiratet und nun die Ehefrau angesteckt hat.

2. RG. WarnE. 14 38. Die Anwendung von Mitteln zur Verhütung der Empfängnis entgegen dem Wunsche des Mannes kann zur Anwendung des § 1568 genügen.

3. RG. WarnE. 14 119, R. 14 Nr. 221. Als „unsittliches Verhalten" im Sinne des § 1568 kommt keineswegs nur ein auf Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebs abzielendes Verhalten in Betracht, vielmehr genügt, daß es sonst den herrschenden Sittlichkeitsbegriffen widerstreitet.

4. RG. WarnE. 15 126. Lieblose Behandlung der Stiefkinder kann auch als Verfehlung gegenüber dem anderen Ehegatten angesehen werden (JW. 06 381).

5. RG. WarnE. 14 275. Das Tatbestandsmerkmal des § 1568 kann durch ein „abgekartetes hinterlistiges Spiel" erfüllt werden, wenn die zur Trennung entschlossene Frau ihrem Manne noch die Möglichkeit einer Versöhnung hat vortäuschen lassen und ihn dadurch arglistig bestimmt hat, nicht nur sie selbst abreisen zu lassen, sondern ihr auch noch die Kinder mitzugeben.

F. Grobe Mißhandlung. a) RG. WarnE. 14 120. Auch unter Eheleuten der gebildeten Stände sind grobe Mißhandlungen nicht stets als schwere Eheverfehlungen anzusehen, insbesondere dann nicht, wenn sie durch das Verhalten des anderen Teiles herbeigeführt sind. b) RG. WarnE. 14 274, R. 14 Nr. 364. Die Feststellung einer groben Mißhandlung im Sinne des § 1568 Satz 2 ist ebenso wie die einer (sonstigen) schweren Verletzung der Pflichten nicht nur von der äußeren Beschaffenheit der Tat, sondern auch von dem Willen des Täters und den übrigen Umständen abhängig, und sie gehört insofern wesentlich zur tatsächlichen Beurteilung. Aber auch im Falle der Feststellung einer groben Mißhandlung würde es immer noch darauf ankommen, ob der Täter dadurch eine Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat und ob dadurch die Ehe so tief zerrüttet worden ist, daß dem anderen Teile die Fortsetzung der Ehe nicht zuzumuten wäre. Dabei ist die Frage, ob dem verletzten Ehegatten die Fortsetzung der Ehe zuzumuten sei, allerdings eine Rechtsfrage.

G. Minder schwere Eheverfehlungen. 1. RG. R. 15 Nr. 320. Hält sich die Frau von der häuslichen Gemeinschaft fern, weil sie das Rückkehrverlangen ihres Mannes nicht als ernst ansieht, so kann dieser Umstand wohl eine Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft rechtfertigen, genügt aber nicht zur Annahme eines die Anwendung des § 1568 rechtfertigenden Verschuldens.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2678. Zuwiderhandlungen der Ehefrau gegen die Anordnungen des Mannes hinsichtlich der Kindererziehung sind nicht ohne weiteres geeignet, die Scheidung zu begründen.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2478. Auch grobe Schimpfworte der Ehefrau können verzeihlich sein, wenn sie in hochgradiger Erregung bei einem unvermuteten Zusammentreffen mit dem Ehemann und seiner Beihälterin gefallen sind.

4. **RG.** WarnE. **14** 420, R. **14** Nr. 2675, 2676, 2677. Ein Scheidungsgrund liegt nicht schon darin, daß ein Ehemann seiner verschwenderischen Frau den Unterhalt nicht in bar, sondern in der Weise gewährt, daß damit der Unterhalt der Familie sichergestellt wird. Hat er ihr auf ihren Wunsch die Vermögensverwaltung überlassen, so kann sie, wenn sie in Wucherhände gefallen ist, ihn nicht dafür verantwortlich machen, daß er sie „im Stiche gelassen" habe. — Eine Eheverfehlung ist es, wenn der Mann einen zufällig gefundenen Brief seiner Frau an sich genommen hat, um ihn als Beweismittel im Scheidungsprozesse zu gebrauchen, doch reicht diese Tatsache allein zur Anwendung des § 1568 nicht aus.

5. **RG.** JW. **15** 95. Das Verhalten des Ehegatten kann allerdings nur dann eine Eheverfehlung sein, wenn es sich während des Bestehens der Ehe ereignet. Aber als Umstände, die das Verhalten des einen Ehegatten in einem milderen Lichte erscheinen lassen und ihm damit die Eigenschaft einer schweren Pflichtverletzung nehmen können, kommen keineswegs bloß Eheverfehlungen des anderen Ehegatten in Betracht. Auch nicht ehewidriges Verhalten des anderen Ehegatten, ja selbst Tatsachen, für deren Eintritt er in keiner Weise verantwortlich gemacht werden kann, sogar rein zufällige Ereignisse können je nach der Sachlage diese Wirkung haben.

6. **RG.** R. **15** Nr. 319. Hat die Ehefrau ihrem Manne dauernd die Beiwohnung verweigert und im Scheidungsprozesse die Weigerung dauernd bestritten, so bildet es keine schwere Eheverfehlung, wenn der Ehemann, um den Beweis der Weigerung seiner Frau zu führen, des Nachts Zeugen in seiner Wohnung versteckt hat.

7. **RG.** WarnE. **14** 276, R. **14** Nr. 2089, 2090, 2091. Das Versprechen eines Ehegatten, dessen Verfehlungen von dem anderen Teile verziehen worden sind, die Verzeihung in dem Scheidungsprozesse nicht geltend zu machen, ist nicht in dem Sinne bindend, daß der Versprechende mit dem Einwande der Verzeihung nicht gehört werden dürfte. In dem Bruche des Versprechens ist nicht ohne weiteres eine schwere Eheverfehlung zu finden, auch dann nicht, wenn für die Frau an erster Stelle die Mutterliebe und das Streben nach Wiedergewinnung des Unterhalts bestimmend gewesen ist. — Hat der Ehemann, obwohl seine Frau Beziehungen zu einem Dritten unterhalten hat, mit ihr weiter zusammengelebt, so kann aus dieser Duldung entnommen werden, daß ein unerlaubter Verkehr der Frau seine eheliche Gesinnung nicht zerstört haben würde. Sein Wunsch, mit ihr ohne das Band der Ehe weiter zusammenzuleben, ist für die Frage, ob die Ehe zerrüttet ist, nicht zu berücksichtigen.

H. Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses. 1. **RG.** LeipzZ. **15** 35. Der Umstand, daß das eheliche Verhältnis bereits zerrüttet war, als die Ehefrau von dem Fehltritt ihres Mannes Kenntnis erhielt, schließt dessen Verwertung als Scheidungsgrund oder als Grund, den Ehemann für mitschuldig zu erklären, nicht aus. Es genügt, wenn eine Pflichtverletzung dazu beigetragen hat, die bestehende Ehezerrüttung zu vertiefen, zu befestigen oder in ihrem Fortbestande zu sichern und so die einer Aussöhnung entgegenstehenden Hindernisse zu vermehren.

2. Vgl. auch vorstehend zu G 7.

J. Zumutung der Fortsetzung der Ehe. 1. a) **RG.** JW. **14** 248. Die Frage, ob die Fortsetzung der Ehe dem verletzten Ehegatten zuzumuten sei, ist vorwiegend eine Rechtsfrage, die auch von dem Revisionsgericht entschieden werden kann, soweit es nicht tatsächlicher Ermittlungen bedarf. b) Ebenso WarnE.

14 88, 425 und **15** 127. c) **RG.** WarnE. **14** 271. Die Frage, ob einem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann (JW. **10** 334 [JDR. **9** Ziff. 3a zu § 1568], **14** 248 [oben zu 1 a]) und ebenso die Frage, ob ein Ehegatte nicht wenigstens (JW. **14** 41, oben Ziff. II 3 zu § 1353), weil sich das Herstellungsverlangen des anderen Ehegatten als Mißbrauch seines Rechtes darstellt, der Verpflichtung zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353) überhoben ist, sind allerdings an sich Rechtsfragen, die unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe als eines vorwiegend sittlichen Verhältnisses nach objektiven Gesichtspunkten zu entscheiden sind. Auf der anderen Seite hängt jedoch ihre Beantwortung von den Umständen des einzelnen Falles ab, deren Feststellung und tatsächliche Würdigung Sache des Tatrichters ist. Sie sind deshalb zu einem großen Teile zugleich Tatfragen.

2. a) **RG.** WarnE. **14** 37, R. **14** Nr. 1996. Für die Zerrüttungs- und Zumutungsfrage ist der Zeitpunkt der Urteilsfällung entscheidend. Die für diesen Zeitpunkt festgestellte Besserung eines trunksüchtigen Ehegatten kann sehr wohl die Annahme rechtfertigen, daß dem anderen Ehegatten unter so veränderten Umständen die Fortsetzung der Ehe zuzumuten sei (vgl. WarnE. **10** 134, JDR. **10** Ziff. 2 zu § 1568). b) **RG.** JW. **14** 149. Zur Anwendung des § 1568 BGB. ist erforderlich, genügt aber auch, wenn sein Tatbestand zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Instanzgericht erfüllt ist. Es ist nicht notwendig, daß die Verfehlung des schuldigen Teiles bei dem unschuldigen Ehegatten sofort das Gefühl der Ehezerrüttung ausgelöst haben müsse. Gemäß § 1571 BGB. droht dem unschuldigen Gatten erst nach Ablauf von sechs Monaten der Verlust des Scheidungsgrundes.

3. **RG.** WarnE. **15** 126. Ein Ehegatte, der den anderen roh behandelt hat, kann für sich selbst ein gesteigertes eheliches Empfinden nicht in Anspruch nehmen.

K. Beweislast. 1. **RG.** JW. **14** 87. Fällt der Frau nichts weiter zur Last, als daß sie sich gegen einen tätlichen Angriff des Mannes mit Tätlichkeiten verteidigt, vielleicht auch in solcher Lage die Grenze des zur Verteidigung Notwendigen überschritten hat, so kann darin keine die Scheidung rechtfertigende Verfehlung erblickt werden. Liegt nun die Sache so, daß der nähere Verlauf solcher gegenseitigen Tätlichkeiten nicht festgestellt werden kann, so muß derjenige als sachfällig behandelt werden, der den Vorfall als Scheidungsgrund verwerten will; denn es ist seine Sache, darzutun, daß auf der anderen Seite eine schwere, die Scheidung rechtfertigende Verfehlung vorliege.

2. **RG.** LeipzZ. **15** 51, R. **15** Nr. 203. Wer aus einem bestimmten Vorgange den Anspruch auf Scheidung herleitet, muß ihn seinem ganzen Umfang und seiner ganzen Bedeutung nach darlegen, wenn der Gegner von dem Vorgang eine Schilderung gibt, die ihn nicht als schwere Verfehlung erscheinen läßt.

§ 1570. I. Verzeihung kein Rechtsgeschäft. 1. Kuntze, GruchotsBeitr. **58** 800. Auch im BGB. wird für die Verzeihung vorausgesetzt, daß durch die schuldhafte Handlung eines Ehegatten das auf dem ehelichen Verhältnisse beruhende Zuneigungsgefühl des einen Ehegatten gegenüber dem anderen zerstört worden ist. Verzeihung kann daher auch im Sinne des § 1570 nur dahin verstanden werden, daß durch einen inneren Willensakt das zerstörte Zuneigungsgefühl in dem verletzten Ehegatten wiederhergestellt wird. Die Verzeihung ist hiernach weder „Rechtsgeschäft" noch „Rechtshandlung", sondern eine innere Tatsache, an die Rechtsfolgen geknüpft sind, die sie zu einer „juristischen Tatsache" stempeln. Vollkommene Verzeihung bedeutet völlige Wiederherstellung des getrübten ehelichen Verhältnisses. Aber auch, wer frei von Zwang, auf Grund eines von dem anderen Ehegatten nicht unzulässig beeinflußten Willensentschlusses die Ehe dauernd in der bisherigen Weise fortsetzt, hat ausreichend ver-

ziehen. Es sind aber nach solch unvollkommener Verzeihung eintretende neue Scheidungsgründe schwerer zu bewerten als die gleichen bei ungetrübter Ehe.

2. **RG.** LeipzZ. **15** 36, R. **15** Nr. 204. Die Verzeihung ist kein Rechtsgeschäft; deshalb finden die §§ 119, 121, 123, 124 BGB. keine Anwendung. Die Verzeihung setzt, wenngleich Vergebung unbekannter oder doch nicht in bestimmter Weise bekannt gewordener Verfehlungen nicht ausgeschlossen ist, der Regel nach bestimmte Kenntnis, überzeugende Gewißheit voraus. Bloßer Verdacht oder bloße Vermutungen reichen regelmäßig nicht aus. Vgl. auch zu § 1571.

II. Verzeihung unbekannt gebliebener Vorgänge. 1. OLG. **30** 52 (Hamburg). Erklärt ein Ehegatte dem anderen, er wolle ihm nur im Falle eines offenen Geständnisses verzeihen, setzt er dann aber das eheliche Leben mit ihm fort und pflegt mit ihm Geschlechtsverkehr, so kann dieses Verhalten als unbedingte Verzeihung aufgefaßt werden.

2. a) **RG.** WarnE. **15** 229, R. **14** Nr. 2275. Die Verzeihung kann auch in Ansehung solcher Verfehlungen erklärt werden, die dem Verzeihenden überhaupt noch nicht bekannt geworden sind oder von denen er wenigstens noch keine genaue Kenntnis hat. Der Regel nach wird aber ein Vergebungswille nur insoweit anzunehmen sein, als es sich um Verfehlungen handelt, von denen der Verzeihende bestimmte Kenntnis hat. Soll eine Verzeihung auch in Ansehung weiterer Verfehlungen angenommen werden, so bedarf es des Nachweises besonderer Umstände, aus denen der Wille des gekränkten Ehegatten, auch ihm nicht bekannt gewordene Verfehlungen zu verzeihen, mit Sicherheit entnommen werden kann. b) **RG.** WarnE. **14** 39. Wenn die Verzeihung grundsätzlich sich nur auf die dem Verzeihenden bekannt gewordenen Verfehlungen des anderen Teiles erstreckt, so kann sie auch auf unbekannt gebliebene Vorfälle, z. B. auf einen mit derselben Person noch bei anderer unbekannt gebliebener Gelegenheit begangenen Ehebruch, bezogen werden, wenn die besonderen Umstände des Falles dies als Willen des Verzeihenden erkennen ließen, z. B. wenn der andere Ehegatte sofort den Verdacht geschöpft hat, daß es zu einer Wiederholung des Ehebruchs gekommen sei. Vgl. JW. **02** 40 Nr. 42, Beil. 260 Nr. 180 (JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1570), 265 Nr. 195, WarnE. **13** Nr. 61, 62.

III. Verneinung einer Verzeihung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2480. In dem bloßen Inaussichtstellen künftiger Versöhnung oder in dem Ausdrucke der Bereitwilligkeit, unter gewissen Voraussetzungen das eheliche Leben fortzusetzen, braucht ebensowenig eine Verzeihung zu liegen, wie etwa jeder während des Ehescheidungsstreits gemachten versöhnlich klingenden Äußerung einer Partei, die trotzdem das Getrenntleben fortsetzt und das Scheidungsbegehren aufrechterhält, die Wirkung einer Verzeihung zuzusprechen ist.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 1116. Daraus, daß der Ehemann einen starken Verdacht der ehelichen Untreue seiner Frau hatte, folgt noch nicht, daß bei der Aussöhnung der Eheleute der Wille des Mannes darauf gerichtet gewesen ist, für jeden Fall, auch dann, wenn sein Verdacht begründet sein sollte, seiner Frau Verzeihung zu gewähren. Die Aussöhnung kann dadurch zustande gekommen sein, daß die Frau es vermocht hat, ihrem Manne seinen Argwohn auszureden.

IV. Beweislast. 1. SächsRpflA. **14** 40 (Dresden). Beruft sich der Beklagte auf Verzeihung, so hat er den Beweis zu führen, daß die Klägerin trotz der ihr bekannten Verfehlungen des Beklagten ihm die Beiwohnung freiwillig gestattet habe (**RG.** R. **08** Nr. 3277, JDR. **7** Ziff. II 2 zu § 1570).

2. **RG.** LeipzZ. **14** 375. Der sich auf Verzeihung berufende Ehegatte hat darzutun, daß der Beiwohnung nach Lage der Sache die Bedeutung einer Verzeihung zukommt, daß sie nicht nur aus Furcht vor neuen Ausschreitungen des Mannes gewährt worden ist.

3. RG. LeipzZ. **14** 1360. Die Wiederherstellung der aufgehoben gewesenen häuslichen Gemeinschaft kann geeignet sein, einen Verzeihungswillen des gekränkten Ehegatten zu beweisen, wenn dies unter Umständen geschieht, die den Schluß auf das Bereitsein zur Fortsetzung der Ehe auf seiten des verletzten Gatten als gerechtfertigt erscheinen läßt.

§ 1571. **RG.** LeipzZ. **15** 52, R. **15** Nr. 205, 206. Bloßer Verdacht, bloße Vermutung genügen nicht, die Frist des § 1571 Abs. 1 in Lauf zu setzen, dazu ist vielmehr wirkliche Kenntnis, sichere Überzeugung erforderlich. Behauptet der schuldige Ehegatte, daß der Kläger früher von dem Scheidungsgrunde Kenntnis erlangt habe, so hat er es einzuwenden und darzulegen.

§ 1572. **RG.** WarnE. **14** 89. Mit der Erhebung der Scheidungsklage werden alle Scheidungs- und Anfechtungsgründe rechtshängig, die bis zur Rechtskraft des Urteils vorgebracht werden können.

§ 1573. **RG.** R. **14** Nr. 1578. Tatsachen, auf die sich eine Scheidungsklage nicht mehr gründen läßt, können nach § 1573 auch dann berücksichtigt werden, wenn die in erster Linie geltend gemachten Eheverfehlungen für sich allein das Scheidungsbegehren nicht rechtfertigen (**RG.** JW. **07** 107).

§ 1574. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2481. Die Entscheidung über die Scheidung darf nicht von derjenigen über die Schuldfrage getrennt, über beide muß vielmehr einheitlich erkannt werden. Es darf auch nicht auf Scheidung erkannt, die Entscheidung über die Schuldfrage aber von einem Eide abhängig gemacht werden.

2. **RG.** JW. **14** 149. Ebenso wie bei den Scheidungsgründen muß auch bei den für die Mitschuldigerklärung sprechenden Gründen der Partei überlassen bleiben, welche Vorkommnisse sie geltend machen will.

§ 1578. I. Standesmäßiger Unterhalt. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1360, R. **14** Nr. 1280, 2879. Bei Bemessung der der geschiedenen Frau zu gewährenden Rente ist die Lage der Verhältnisse maßgebend, wie sie in dem Zeitpunkte bestand, als das Scheidungsurteil die Rechtskraft erlangte. Sind also die Ehegatten aus kleinen Verhältnissen hervorgegangen, aber im Laufe der Ehe zu wirtschaftlich besserer Stellung gelangt, so ist die letztere für die Frage, ob Erwerb der Frau durch Arbeit üblich ist, ebenso maßgebend wie für die Bemessung des standesmäßigen Unterhalts der Frau. Dabei ist allerdings Voraussetzung, daß diese günstigere wirtschaftliche Lage dauernden Bestand gewonnen hat oder doch die Gewähr der Stetigkeit in sich trägt (**RG.** **62** 295, JW. **06** 140, JDR. **5** Ziff. 2 zu § 1578).

2. **RG.** R. **14** Nr. 936, 937. Für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Ehemanns im Zeitpunkte der Scheidung können etwaige günstige Geschäftsergebnisse der folgenden Jahre in Betracht kommen, wenn sie bei der Scheidung bereits in sicherer Aussicht gestanden haben und daher auf eine andauernde Besserung der Verhältnisse zu rechnen ist.

II. Arbeitserwerb der Frau. OLG. **30** 56 (Naumburg). Lagen zur Zeit der Scheidung der Ehe die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eheleute so, daß Arbeitserwerb der Frau als üblich zu bezeichnen ist, so hat die Frau auch nach Trennung der Ehe ihren Unterhalt selbst zu erwerben, selbst wenn die Verhältnisse der Eheleute in früherer Zeit erheblich besser gewesen sind.

III. Entscheidung und Vereinbarung über den Unterhalt. 1. **RG.** JW. **14** 356, DJZ. **14** 505, R. **14** Nr. 642. Es ist ausgeschlossen, schon während des Bestehens der Ehe über einen etwaigen zukünftigen Unterhaltsanspruch des Ehegatten nach § 1578 Entscheidung zu treffen. Der für die Dauer der Ehe bestehende Unterhaltsanspruch aus §§ 1360, 1361 BGB. erlischt mit der Rechtskraft der Ehescheidung.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 897, BayRpflZ. **14** 357, LeipzZ. **14** 1753. Nichtig ist eine Vereinbarung zwischen Ehegatten, durch die die Frau auf ihren Unterhaltsanspruch verzichtet, wogegen der Mann sich verpflichtet, ihr einen Grund zur Scheidung zu geben. Die Frau kann daher trotz des Verzichts den Unterhalt beanspruchen, nachdem der Mann durch sein Verhalten die Scheidung ermöglicht hat und für den schuldigen Teil erklärt worden ist. Die exceptio doli generalis greift in einem solchen Falle nicht Platz, denn ihre Zulassung würde dahin führen, daß einem nach § 138 BGB. nichtigen Rechtsgeschäft auf einem Umwege wieder Geltung verschafft würde.

IV. Unterhaltsanspruch und Anspruch aus § 823 BGB. 1. **RG.** R. **14** Nr. 3018. Enthält eine Eheverfehlung zugleich einen Verstoß gegen §§ 823 ff. BGB., so kann ein Anspruch auf Unterhaltsgewährung auch dann gegeben sein, wenn die Voraussetzungen des § 1578 nicht vorliegen.

2. **RG.** JW. **15** 26. Der Unterhaltsanspruch, den § 1578 dem unschuldigen Ehegatten gegen den schuldigen gewährt, ist als Nachwirkung der Ehe anzusehen; er setzt neben Bedürftigkeit des Berechtigten und der Fähigkeit des Verpflichteten zur Unterhaltsgewährung (§ 1579) nur voraus, daß ein Ehegatte im Scheidungsprozesse für allein schuldig erklärt wurde. Welcher Art die Eheverfehlung war, ist unerheblich, insbesondere braucht sie keinen Verstoß gegen die §§ 823 ff. zu enthalten. Liegt aber ein solcher Verstoß vor, so ist nicht abzusehen, weswegen er seine regelmäßigen Folgen dann nicht haben sollte, wenn er in dem Scheidungsprozeß erfolgreich als Scheidungsgrund geltend gemacht war. Es kann nicht zugegeben werden, daß Verfehlungen gegen die durch die Ehe begründeten Pflichten dann niemals einen Anspruch aus §§ 823 ff. begründen könnten, wenn sie gerade wegen ihrer Richtung gegen den anderen Ehegatten als Rechtsverletzung erscheinen. Handelt es sich um die Gesundheit des anderen Ehegatten, so ist deren Verletzung auch durch rein seelische Einwirkungen möglich. Diese Einwirkungen können auch durch die vor der Einleitung der Scheidungsklage eingetretenen und die neben dem Scheidungsprozesse herlaufenden Ereignisse verursacht sein. Wie sich die Sachlage gestaltet, wenn der unschuldige Ehegatte Ansprüche aus § 1578 und §§ 823 ff. nebeneinander geltend macht, läßt das RG. dahingestellt.

§ 1579. 1. *König, SächsRpflA. **14** 385. Beim Zusammentreffen von Unterhaltsansprüchen der Angehörigen und des unehelichen Kindes gilt, wenn auch nicht allgemein, so doch für eine nicht unerhebliche Zahl von Fällen der Grundsatz, daß der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes nicht mit dem vollen im Schuldtitel oder Vertrage festgesetzten Betrage, sondern nur mit dem Teilbetrag einzustellen ist, wegen dessen eine Pfändung der Einkünfte des Verpflichteten erfolgen darf. Es muß dann aber immer das Einkommen des Verpflichteten aus Ansprüchen der im § 850 Abs. 4 ZPO. und § 4a LohnBG. bezeichneten Art bestehen, sowie zur Bestreitung des notdürftigen wie des standesmäßigen Unterhalts für den Verpflichteten der gleiche Betrag erforderlich sein.

2. **RG.** WarnE. **14** 363. Die Vorschrift des § 1579 Abs. 1 Satz 2 ist nur anwendbar, wenn die im § 1579 Abs. 1 Satz 1 aufgestellte Voraussetzung zutrifft, daß der für schuldig erklärte Ehegatte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts dem anderen Ehegatten keinen oder nicht den vollen Unterhalt zu gewähren vermag (**RG. 67** 59).

3. Abs. 2. SächsRpflA. **14** 515 (Dresden). Die geschiedene Frau ist nur dann darauf angewiesen, den Unterhalt aus dem Stamm ihres Vermögens zu bestreiten, wenn der frühere Ehemann außerstande ist, alle Unterhaltsansprüche zu befriedigen und für den eigenen standesgemäßen Unterhalt zu sorgen.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1591. RJA. **13** 165 (KG.). Ist ein Kind während der Ehe geboren und der Ehemann gestorben, ohne das Kind anerkannt, aber auch ohne rechtzeitig die Ehelichkeit mit Erfolg angefochten oder das Anfechtungsrecht verloren zu haben, so ist dem Kinde ein Vormund zu bestellen, wenn durch die angestellten Ermittlungen (§ 12 FGG.) die Vermutung der Ehelichkeit widerlegt und damit die Unehelichkeit des Kindes erwiesen ist. (Im Anschluß an KGJ. **42** A15, OLG. **24** 21 — JDR. **10** Ziff. 1 zu § 1909 BGB. —, wo es sich um ein von einer Witwe nach dem Tode ihres Ehemanns geborenes Kind handelte.)

§ 1593. OLG. **30** 57, HansGZ. **14** Beibl. 284, R. **14** Nr. 1997, 3029 (Hamburg). Für die Klage des Ehemanns auf Erklärung der Unehelichkeit des in der Ehe von seiner Frau geborenen Kindes ist nicht das Gericht des Wohnsitzes der Mutter, sondern das des Wohnsitzes des Vaters zuständig, denn bis zur erfolgreichen Durchführung der Anfechtung gilt nach § 11 BGB. der Wohnsitz des Vaters auch als der des Kindes.

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

§ 1601. OLG. **30** 58 (Zweibrücken). Die Erklärung des Vaters, daß er die Kosten, die durch den einjährig-freiwilligen Militärdienst seines Sohnes entstehen, tragen werde, begründet keine Schenkung, sondern die unter Umständen vertragsmäßige Anerkennung der nach § 1601 begründeten Unterhaltspflicht dem Sohne gegenüber, wobei nicht zu vermu ten ist, daß auf die Einrede aus § 1603 Abs. 1 verzichtet werden sollte.

§ 1603. 1. R. **14** 729 (Stuttgart). Die Unterhaltspflicht fällt weg, wenn der vermögenslose Verpflichtete infolge des Krieges nichts mehr verdient.

2. Vgl. auch oben Nr. 1 zu § 1579 BGB.

§ 1607. Abs. 2. OLG. **30** 58, PosMSchr. **14** 41 (Marienwerder). Der Ersatzanspruch aus § 1607 Abs. 2 ist ein selbständiger, dessen Geltendmachung für die Vergangenheit nicht davon abhängt, daß der Verpflichtete in Verzug gekommen ist, und der auch nicht der kurzen Verjährung nach § 197 BGB. unterliegt. AM. Staudinger, Anm. 6 zu § 1607.

§ 1609. Abs. 2. OLG. **30** 58 (München). Der Anspruch des minderjährigen unverheirateten Kindes darf nicht darunter leiden, daß die Mutter mit Verfolgung ihres Unterhaltsanspruchs zeitlich zuvorkam und ihr Ehemann es unterließ, seinerzeit dem Anspruche der Frau gegenüber auf Berücksichtigung des konkurrierenden Anspruchs des Kindes hinzuwirken. Das Kind hat daher trotz des zugunsten der Frau bereits ergangenen Urteils das Recht auf Zuerkennung des Unterhaltsbeitrags, der ihm zuzubilligen wäre, wenn gleichzeitig auch über den Anspruch der Mutter zu entscheiden wäre.

§ 1610. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **12** Ziff. 1 zu § 1610 — (Berücksichtigung der Rechtsbeziehungen eines Bedürftigen zu einem Familienfideikommiß bei Bemessung des standesmäßigen Unterhalts) auch PosMSchr. **13** 137.

2. **RG.** WarnE. **14** 39. Bei der Prüfung der Frage, was zum standesmäßigen Unterhalt gehört, sind zwar die Vermögensverhältnisse des verpflichteten Vaters von Bedeutung, jedoch sind unter Beachtung der Vorschrift des § 1610 Abs. 2 auch die Verhältnisse des Kindes zu berücksichtigen, sowohl für die Frage, in welcher Höhe, als auch für die Frage, für welche Zeit der Vater die Unterhaltsrente zu gewähren habe.

3. **RG.** BayRpflZ. **14** 342, SeuffA. **69** 401. Bei der Bemessung des standesmäßigen Unterhalts eines Kindes kann darauf, daß die Einkommens- und Ver-

mögensverhältnisse des Vaters zurückgegangen sind, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, vielmehr sind die gesamten Verhältnisse der Familie, insbesondere auch die gesellschaftliche Stellung und die Vermögensverhältnisse der Großeltern, die ihren fortwirkenden Einfluß auf die Stellung des Kindes und seines Vaters behalten haben, zu berücksichtigen.

4. OLG. **30** 60, HansGZ. **14** Beibl. 182 (Hamburg). Für die Bemessung des standesgemäßen Unterhalts der Enkel sind in erster Linie die Verhältnisse ihres Vaters maßgebend. Der Begriff der „Lebensstellung" wird jedoch in den Vermögensverhältnissen nicht erschöpft, vielmehr ist auch auf die Lebensgewohnheiten und die bisherige Lebensführung des Vaters Rücksicht zu nehmen.

§ 1611. HansGZ. **14** Beibl. 88 (Hamburg). Der notdürftige Unterhalt ist so zu bemessen, daß er zur Erfüllung des für den Unterhaltsberechtigten unbedingt notwendigen Lebensbedarfs ausreicht, wobei auf die der Lebensstellung entsprechende Lebenshaltung Rücksicht zu nehmen ist, wenn auch im Falle des § 1611 nicht, wie in dem des § 1610, allgemein die „Lebensstellung" des Bedürftigen für die Höhe des Unterhalts maßgebend ist.

§ 1612. I. Wegfall der Unterhaltspflicht. 1. SeuffA. **69** 403, SchlHolstAnz. **14** 193 (Kiel). Hat der Vater bestimmt, daß er seinem Kinde den Unterhalt in natura gewähren wolle, so fällt der Anspruch des Kindes auf Gewährung einer Unterhaltsrente gegen ihn weg, wenn er einen Anspruch auf Herausgabe des Kindes hat und dieses ihm widerrechtlich vorenthalten wird. Andernfalls würden demjenigen, der das Kind rechtswidrig vorenthält, die Geldmittel zufließen, um es noch weiter dem Vater vorzuenthalten.

2. OLG. **30** 62 (Hamburg). Wenn der Vater alles getan hat, was ihm vernünftigerweise zugemutet werden kann, um die unterhaltsbedürftigen Kinder in seine tatsächliche Gewalt zu bekommen, so kann ihm jedenfalls dann eine Unterhaltsleistung in Geld nicht mehr zugemutet werden, wenn die Kinder absichtlich diesen vom Vater erstrebten Erfolg vereiteln und in einem Alter sind, in dem ihnen in dieser Beziehung ein selbständiger Wille zugemutet werden kann.

II. Bestimmung nach § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **12** Ziff. II 1 zu § 1612 — auch KGJ. **45** A 300, OLG. **30** 61.

2. KGJ. **46** A 23, DJZ. **14** 997 (KG.). Die Bestimmung nach § 1612 Abs. 2 muß so gestaltet sein, daß die gewählte Art der Unterhaltsgewährung für die Kinder durchführbar ist (RG. 57 77, JW. **01** 871, **03** Beil. 29, JDR. **1**, **2**, **3** zu § 1612). Wählt der Vater eine Art, die sich nach Lage der Verhältnisse nicht durchführen läßt, so liegt eine wirksame Bestimmung nicht vor und mangelt danach die Grundlage für eine Prüfung des Vormundschaftsgerichts, wie die Bestimmung zu ändern sei. Es ist dann wiederum der im Prozeßwege geltend zu machende Anspruch auf Entrichtung einer Geldrente gegeben. Solange der Vater die Kinder bei der Mutter läßt, kann er nicht die Naturalverpflegung bei sich bestimmen. Demgemäß ist nur für die Entscheidung des Prozeßgerichts, nicht für die des Vormundschaftsgerichts Raum.

3. OLG. **30** 62, R. **15** Nr. 207 (BayObLG.). Auf Grund des § 1612 Abs. 2 Satz 2 kann das Vormundschaftsgericht weder über die Höhe des Unterhalts noch über die Frage der Berufswahl des Kindes befinden. § 1666 BGB. ist nur während der Minderjährigkeit des Kindes anwendbar.

4. OLG. **30** 64, HansGZ. **14** Beibl. 273 (Hamburg). Eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts, daß das Kind seinen Unterhalt nicht in der Wohnung des Vaters, sondern in der der Mutter zu empfangen habe, kann nicht nur auf Grund des § 1612, sondern auch auf Grund des § 1666 gerechtfertigt sein.

§ 1613. 1. DJZ. **14** 760 (BayObLG.). Das Kind kann den unterhaltsverpflichteten Vater im Rahmen des § 1613 in Anspruch nehmen, auch wenn die Mutter oder ein anderer Nichtverpflichteter tatsächlich für den Unterhalt des Kindes aufkommt oder wenn sich die Mutter dem Vater gegenüber verpflichtet hat, für den Unterhalt des Kindes aufzukommen.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 788. Im Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung kann eine Unterhaltsrente frühestens von dem Zeitpunkt ab verlangt werden, in dem der darauf gerichtete Antrag bei Gericht eingegangen ist.

§ 1614. OLG. **30** 65 (Hamburg). Ein Verzicht auf Unterhaltsgelder, die für die Vergangenheit rechtskräftig zugesprochen sind, wird vom Gesetze nicht beanstandet.

§ 1617. PosMSchr. **14** 106 (Posen) wirft das Bedenken auf, ob nicht das Versprechen einer Vergütung für Dienste, die das Kind nach § 1617 schon gesetzlich zu leisten verpflichtet ist, eine unentgeltliche Zuwendung enthält, zu deren Wirksamkeit die Formvorschrift des § 518 BGB. zu beachten ist.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

§ 1620. I. Anspruch auf Aussteuer. 1. OLG. **30** 65 (Hamburg). Der Anspruch auf Aussteuer besteht nicht, wenn die Tochter die Sachen oder das Geld nicht zur Einrichtung der Wirtschaft fordert, sondern zu anderen Zwecken verwenden will. Dies ist anzunehmen, wenn sie einen Witwer heiratet, bei dem die zur angemessenen Führung des Haushalts erforderlichen Sachen im wesentlichen bereits vorhanden sind.

2. OLG. **30** 67 (München). Ein Vater kann die Mitgift, die er seiner Tochter mit Rücksicht auf ihre Heirat gegeben hat, aus eigenem Rechte von der Tochter oder ihrem Manne zurückfordern, wenn die Ehe für nichtig erklärt worden ist (§ 812 BGB.).

3. **RG.** LeipzZ. **14** 1361. Ist zwischen den geschiedenen Eltern vereinbart, daß die dem Vater gegenüber der Tochter obliegende Aussteuerpflicht von der Mutter erfüllt werden soll, so erlischt die Verpflichtung des Vaters, wenn die Mutter oder ihr jetziger Ehemann in ihrem Auftrage die Aussteuer gewährt hat, mag letzterer auch die Aussteuer aus eigenen Mitteln beschafft haben.

II. Angemessenheit. OLG. **30** 66 (Naumburg). Bei Prüfung der Angemessenheit der verlangten Aussteuer vom Standpunkte der Tochter aus ist der Lebensstellung ihres Mannes Rechnung zu tragen; es kommt darauf an, in welche soziale und wirtschaftliche Lage die Tochter durch ihre Verheiratung gekommen ist.

III. Eigenes Vermögen der Tochter. **RG.** JW. **14** 646, R. **14** Nr. 1579. Der Anspruch der Tochter aus einem zu ihrem (als eines Dritten) Gunsten geschlossenen Vertrage kann als ihr eigenes Vermögen in Betracht kommen, durch dessen Vorhandensein gemäß § 1620 der Anspruch auf Aussteuer gegen den Vater ausgeschlossen wird.

§ 1624. 1. Mayer, WürttZ. **14** 193. Unter „Ausstattung" ist auch die „Aussteuer" des § 1620 zu verstehen. Dies gilt auch im Falle des § 1465.

2. OLG. **28** 174 (KG., XIV. Zivils.). Verspricht ein Fremder vor der Eheschließung eine Ausstattung oder Mitgift, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß nach der Absicht der Beteiligten die Eheschließung des Versprechensempfängers die Gegenleistung sein solle. Am verständlichsten wird eine auf Leistung und Gegen-

leistung gerichtete Absicht da sein, wo das Einkommen des zukünftigen Ehemanns zum standesgemäßen Unterhalt einer Familie nicht ausreicht.

3. a) **RG.** WarnE. **14** 230. Die Zusicherung eines Nadelgeldes kann als Ausstattungsversprechen im Sinne des § 1624 BGB. angesehen werden. Ob die Zusicherung die Begriffserfordernisse eines Leibrentenversprechens erfüllt und insoweit der Schriftform nach § 761 BGB. bedarf (**RG. 67** 204, **68** 340, **80** 208, JDR. **7** Ziff. III 2 zu § 1624 BGB., **8** Ziff. 1 b zu § 69 KO., **12** zu § 761 BGB.), kann zweifelhaft sein, jedenfalls ist die Schriftform dann gewahrt, wenn sie in einem Briefe enthalten ist. b) **RG.** LeipzZ. **14** 1533 legt die Zusicherung eines lebenslänglichen Nadelgeldes dahin aus, daß die Fortentrichtung der versprochenen Rente nur bis zu dem Zeitpunkte dauern soll, in dem der Tochter ihr Anteil an dem väterlichen Nachlasse zufällt.

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung: Aus der Fülle der zu diesem Abschnitte wiederum sehr zahlreich ergangenen Entsch. sei auf folgende besonders hingewiesen. Das RG. behandelt (Ziff. II zu § 1631) das Verhältnis der Erziehungspflicht (§ 1631) zur Aufsichtspflicht (§ 832 BGB.): Die Erziehung dient dem Interesse des Kindes, seine Beaufsichtigung dem Interesse Dritter, und beide stehen insofern in Wechselwirkung, als, je weniger günstig die Erziehung ausgefallen ist, desto schärfer die Aufsicht einzusetzen hat. — Über das Züchtigungsrecht Dritter verhält sich eine Reihe von Entsch. (Ziff. III zu § 1631), die, bis auf die des OLG. Kiel, die Berechtigung eines solchen unter gewissen näher beschriebenen Voraussetzungen und Einschränkungen bejahen. — Hinsichtlich der Anwendung des § 1666 BGB. ist die Entsch. KGJ. **46** A 45 (Ziff. A IV 3) hervorzuheben, die im Anschluß an RG. **83** 15 die Frage behandelt, ob und inwieweit einen Vater ein Verschulden trifft, der sich weigert, einer an seinem Kinde zu vollziehenden Operation zuzustimmen. KGJ. **46** A 35 zieht aus der Entsch. KGJ. **30** A 40, wonach bei Entziehung der Personensorge das dem einen Elternteil entzogene Sorgerecht auf den anderen Elternteil übergeht, im Anschluß an BayObLG. **13** 136 die Folgerung, daß das Vormundschaftsgericht die Entziehung der Personensorge erst aussprechen darf, wenn feststeht oder festgestellt ist, daß die Personensorge ohne Gefährdung des Kindes auf den anderen Ehegatten übergehen kann. Nach BayObLG. **15** 358 (Ziff. 3 a zu § 1671) können Anordnungen aus § 1666 BGB. auch dann aufrechtbleiben, wenn in dem Zeitpunkte, in dem über die Aufhebung zu entscheiden ist, die Voraussetzungen des § 1666 BGB. nicht mehr vorliegen, die Aufrechterhaltung der Maßregel aber im Interesse des Kindes geboten erscheint. Dieser Auffassung ist das KG. (Ziff. 3 b zu § 1671) entgegengetreten, indem Wert darauf gelegt wird, daß Maßregeln aus § 1666 BGB. als Zustandsregelungen immer nur bis auf weiteres gelten und daher nicht mehr aufrechterhalten bleiben können, wenn eine wiederholte Erörterung der Sachlage ergibt, daß die Voraussetzungen des § 1666 BGB. nicht oder nicht mehr vorliegen. — Bei Anwendung des preußischen Fürsorgeerziehungsgesetzes ist die Entsch. des KGJ. **46** A 83 (Ziff. B I 2) über die Einwirkung der Fürsorgeerziehung auf die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen und in KGJ. **46** A 88 (Ziff. B I 3 c) über das selbständige Beschwerderecht des gesetzlichen Vertreters hervorzuheben. Zur Auslegung der Strafvorschrift des § 21 FEG. und der damit in Zusammenhang stehenden Strafgesetze ist (Ziff. B 1 6 f—i zu § 1666 BGB.) eine Reihe wichtiger Entsch. des RG. ergangen.

§ 1626. Reichel, R. **14** 355. Ein Verzicht auf die elterliche Gewalt oder eine Entlassung des Elternteils aus Elternrecht und Elternpflicht lediglich aus dem Grunde seines dahin gehenden Willens ist nach BGB.

unzulässig, aM. (für das schweizerische Recht) ein Aufsichtsbescheid der Justizdirektion Zürich, SchweizJZ. **13** 156.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627. OLG. **30** 68 (Nürnberg). Die schuldhafte Nichterfüllung der Aufsichtspflicht eines Elternteils begründet nur dann eine Haftung nach § 823 BGB., wenn sie gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt (JW. **12** 190, JDR. **10** Ziff. 3 b zu § 1627), wenn es sich um die Verletzung einer Pflicht handelt, die nicht bloß kraft elterlicher Aufsichtspflicht, sondern nach allgemeiner Rechtspflicht auch von einem jedem anderen gegenüber dem Kinde (z. B. durch Warnung vor einem Hunde) zu erfüllen gewesen wäre. Dies gilt auch im Falle einer Unterlassung. Die §§ 1627, 1631, 1634 kommen nicht als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. in Betracht (vgl. **RG. 53** 312, JDR. **2** Ziff. II 3 b zu § 823 BGB.).

§ 1629. BadRpr. **14** 7 (BadVerwGH.). Hat das Vormundschafsgericht zur Durchführung der von ihm angeordneten Unterbringungsmaßregel einen Pfleger bestellt, weil die Mutter sich nach dem Tode ihres Mannes geweigert hat, ihr Kind in einer Idiotenanstalt unterzubringen, so ist es Aufgabe des Pflegers, den nach § 2 Ziff. 1 BadIrrenfürsorgeG. nötigen Aufnahmeantrag zu stellen, und als Antragsberechtigter hat er auch das durch § 4 Abs. 2 a. O. eingeräumte Klagerecht. Die Bestellung des Pflegers hat so lange als rechtmäßig zu gelten, als nicht die Pflegerbestellung durch die geordneten Beschwerdeinstanzen abgeändert ist.

§ 1630. 1. **RG.** JW. **14** 916, HessRspr. **15** 188. Der von den Eltern zur Behandlung ihres kleinen vermögenslosen Kindes zugezogene Arzt kontrahiert regelmäßig mit den Eltern.

2. ElsLothNotZ. **14** 309 (Colmar). Die Erklärung des Erwerbswillens, die einen unerläßlichen Bestandteil der Auflassung bildet, kann nicht durch die nachträglich von dem gesetzlichen Vertreter eines beteiligten Minderjährigen erklärte Zustimmung ersetzt werden.

3. BadNotZ. **14** 122 (ungenanntes AG.). Sind auf dem Grundstücke des Vaters Hypotheken für seine minderjährigen Kinder eingetragen, so bedarf es zur Erteilung einer löschungsfähigen Quittung oder der Löschungsbewilligung der Bestellung eines Pflegers. Eine Bescheinigung des Vormundschaftsgerichts, daß der Vater den geschuldeten Betrag bei einer Sparkasse hinterlegt habe, genügt nicht.

§ 1631. I. Schutz des Kindes. ZBlFG. **15** 256, HessRspr. **15** 117 (LG. Darmstadt). Nur soweit der Zweck der Erziehung es erfordert, ist der Vater berechtigt, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, nicht aber steht ihm dieses Recht ohne Rücksicht auf den Erziehungsgedanken uneingeschränkt und nach Willkür zu. Das Vormundschaftsgericht hat jedenfalls seine Mitwirkung zu versagen.

II. Erziehung (§ 1631) und Aufsichtspflicht (§ 832). **RG.** JW. **14** 298, LeipzZ. **14** 765, GruchotsBeitr. **58** 998, WarnE. **14** 307. Da die Erziehungspflicht aus § 1631 lediglich dem Interesse der erziehungsbedürftigen Kinder dient, so hat der Vater Dritten gegenüber in keiner Weise dafür einzustehen, daß die Erziehung günstige Erfolge herbeiführt (**RG. 50** 62, JDR. **1** Ziff. 4 zu § 832 BGB.). Um die Aufsicht und die Bestimmung des Aufenthalts der Kinder als rein erzieherische Maßnahme handelt es sich bei der Aufsichtspflicht des Vaters nach § 832 BGB. überhaupt nicht. Denn diese, die mit dem Erziehungszwecke selbst nichts zu tun hat, besteht nur nach außen zum Schutze Dritter derart, daß der durch das Kind Geschädigte den Vater haftbar

machen kann, wenn er, was nach § 832 BGB. zunächst gesetzlich zu vermuten ist, sein Kind ungenügend beaufsichtigt hat. In tatsächlicher Beziehung stehen jedoch Erziehung und Aufsichtspflicht darin in Wechselwirkung, daß, je weniger die Erziehung nach § 1631 günstig ausgefallen ist, desto schärfer die Aufsicht nach § 832 einzusetzen haben wird, um Dritte vor den Schädigungen zuchtloser Kinder zu schützen.

III. Züchtigungsrecht. 1. LeipzZ. **14** 601 (Hamburg, Straff.). Ein abgeleitetes Züchtigungsrecht Dritter gegen Kinder in Fällen, in denen die Unart des Kindes eine sofortige Züchtigung erfordert und die Eltern oder Erzieher nicht anwesend oder unmittelbar erreichbar sind, ist wiederholt anerkannt, vgl. DJZ. **05** 752 (Braunschweig), ThürBl. **60** 125 (Jena), JDR. **12** Ziff. II 1 a zu § 1631. Dieses Recht ist aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag herzuleiten, wobei insbesondere § 679 BGB. heranzuziehen ist. Die Pflicht zur Erziehung, zu der auch die Züchtigung für gelegentliche Unarten gehört, liegt im öffentlichen Interesse, wie denn auch die Erziehung des Kindes unter Umständen den Eltern entzogen und behördlich geregelt werden kann. Es kommt hierbei nicht darauf an, daß dies reichsrechtlich zum Teil nur zugelassen und das Weitere der Landesgesetzgebung überlassen ist (§§ 55, 56 StGB., Art. 135 EGBGB.). Der Dritte darf die Züchtigung aber nicht in stärkerem Maße ausüben, als das öffentliche Interesse es von dem Vater erfordern würde. Deshalb kann die heftige Züchtigung eines Dritten als Überschreitung des Züchtigungsrechts erscheinen, während dieselbe Züchtigung, vom Vater ausgeübt, noch als innerhalb der Grenzen seines Züchtigungsrechts liegend angesehen werden könnte.

2. a) FrankfRundsch. **48** 63, LeipzZ. **14** 1143 (Frankfurt, Straff.) billigt DJZ. **13** 296 (Jena), JDR. **12** Ziff. II 1 a zu § 1631, wonach jedermann das Recht hat, Kinder zu züchtigen, die Zuchtlosigkeiten begehen, welche die öffentliche Ordnung, das sittliche Empfinden der Allgemeinheit als solches, das Publikum zu verletzen geeignet sind, gesteht dieses Züchtigungsrecht aber auch dem Verletzten zu, gegen den die Ungezogenheiten der Kinder sich richten, selbst wenn der Gewalthaber seine Zustimmung versagen sollte. Dies wird aus dem Rechtsgedanken des § 679 BGB. hergeleitet, vgl. DJZ. **05** 752 (Braunschweig). **b)** Dagegen SchlHolstAnz. **14** 247 (Kiel, Straff.).

3. PosMSchr. **14** 51 (Posen, Straff.). Keinesfalls handelt rechtswidrig und kann wegen Körperverletzung bestraft werden, wer einem Kinde wegen einer Ungezogenheit, bei der er es auf frischer Tat ertappt, in gebührender Weise eine augenblickliche Züchtigung zukommen läßt.

4. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **14** 1049. Im allgemeinen ist das Züchtigungsrecht seinem Umfange nach unabhängig von den verwandtschaftlichen, beruflichen oder gewerblichen Verhältnissen, durch die es begründet wird, es bemißt sich vielmehr überall nach dem Vorbilde der eigentlichen väterlichen Zucht. Die Grenzen, die dieser sowohl im Einzelfalle durch den Erziehungszweck wie andererseits ganz allgemein durch die sittlichen Anschauungen gezogen sind, bestehen auch da, wo die Zucht von anderen Personen als dem Vater geübt wird. Dabei liegt es im Wesen des Verhältnisses, daß in der Anwendung des Zuchtmittels Vormünder und Lehrherren sich größere Beschränkung als die Eltern aufzuerlegen haben.

IV. Schulpflicht. ElsLothJZ. **13** 133, RheinZ. **6** 286 (Colmar). In Elsaß-Lothringen ist nach der VO. des Generalgouverneurs vom 18. April 1871 der gesetzliche Vertreter eines Kindes verpflichtet, dieses nach vollendetem 6. Lebensjahre zum regelmäßigen Besuch einer öffentlichen oder einer von staatlich geprüften Lehrkräften und nach dem Lehrplane der öffentlichen Schulen geleiteten Privatschule anzuhalten, sofern nicht für entsprechen-

den gleichmäßigen Unterricht in der Familie gesorgt ist. Ob der entsprechende gleichmäßige Unterricht in der Familie gewährleistet sei, hat ausschließlich die Schulbehörde zu entscheiden, und ihr Votum unterliegt wegen des Grundsatzes der Trennung der Gewalten nicht der richterlichen Nachprüfung. Liegt der Fall so, daß der Unterricht in einer anderen, als der örtlich zuständigen Schule erteilt werden soll, so ist das Kind dazu durch den Lehrer oder Kreisdirektor zu beurlauben.

V. Religiöse Erziehung. A. In Preußen. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **12** Ziff. IV A 1 zu § 1631 — (religiöse Erziehung eines unehelichen Kindes im Falle des Wohnsitzwechsels der Mutter innerhalb Preußens) auch OLG. **30** 70.

2. Die Entsch. des KG. — JDR. **12** Ziff. IV A 2 zu § 1631 — (Konfessionswechsel des bei der Ehescheidung für schuldig erklärten Vaters) auch KGJ. **45** A 78.

3. KGJ. **46** A 74, R. **15** 45 (KG.). Die HannVO. über die religiöse Erziehung der Kinder, deren Eltern verschiedener Konfession sind, vom 31. Juli 1826 (HannGS. Abt. I 174) gilt im ganzen ehemaligen Königreiche Hannover mit Einschluß des Fürstentums Ostfriesland, demzufolge (§ 2 G. vom 23. März 1873, GS. 107) auch im Jadegebiete. Nach § 1 VO. hat der Ehemann die unbeschränkte Befugnis, zu bestimmen, in welchem Glaubensbekenntnisse die aus einer gemischten Ehe hervorgegangenen Kinder zu erziehen sind (KGJ. **39** A 21, JDR. **9** Ziff. D I 2 f zu § 1631). Nach seinem Tode muß die religiöse Erziehung zufolge des § 3 so eingeleitet oder fortgesetzt werden, wie es dem von ihm ernstlich und fortwährend gehegten Willen gemäß ist. Als eine solche beweiskräftige Willenserklärung sieht es § 5 a an, wenn er den schulpflichtigen Kindern bis an seinen Tod den Hauptunterricht in der Religion immer nur durch Geistliche der anderen Kirche hat erteilen lassen.

4. FrankfRundsch. **48** 69, OLG. **30** 69 Anm. 1 (Frankfurt). Die landesgesetzlichen Vorschriften für die religiöse Erziehung von Kindern aus gemischten Ehen im Gebiete des ehemaligen Herzogtums Nassau sind in dem Edikt vom 22./26. März 1808 (Samml. der landesh. Edikte I 140, Wiesbaden 1817) enthalten. Der zu diesem Edikt ergangene Erl. des Staatsmin. vom 7. Dezember 1848 ist zwar nicht im Nassauischen VOBlatte verkündet, er gibt aber das Gewohnheitsrecht wieder, das sich in Nassau gebildet hat, wonach der vereinte Wille der Eltern die Religion des aus einer gemischten Ehe hervorgegangenen Kindes bestimmt und erst, wenn ein solcher nicht ermittelt werden kann, die Religion des Vaters maßgebend ist. Auf den vereinten Willen der Eltern, das Kind in einer bestimmten Konfession zu erziehen, kann noch nicht daraus geschlossen werden, daß das Kind nach dem Ritus einer bestimmten Konfession getauft worden ist. Nach deutschem Rechtsgebrauch entscheidet die Taufe allein nicht über das Bekenntnis, vielmehr kommt es hierbei auf andere Vorgänge, namentlich darauf an, welche religiöse Erziehung dem Kinde nach dem Willen der Berechtigten gegeben worden ist.

B. Bayern. 1. Die Entsch. des BayVGH. — JDR. **12** Ziff. IV B 2 b zu § 1631 — (Verträge außerhalb Bayerns) auch JW. **14** 549.

2. JW. **14** 549 (BayVGH.). Verträge über religiöse Kindererziehung bedürfen auch seit dem 1. Januar 1900 in Bayern zu ihrer Gültigkeit notarieller Beurkundung.

C. Württemberg. 1. WürttZ. **14** 143 (Stuttgart). In Ermangelung besonderer Bestimmungen des württ. Rechtes (Art. 134 EGBGB.) sind auf die religiöse Erziehung bis zu den Unterscheidungsjahren die Vorschriften des BGB. zur Anwendung zu bringen.

2. Graf, WürttZ. **14** 129. Nach Ziff. VI des Religionsedikts vom 15. Oktober 1806 sind Verträge über die religiöse Kindererziehung nur gültig, wenn sie vor der Obrigkeit des Gatten abgeschlossen worden sind. In welcher Weise die Obrig-

keit hierbei mitzuwirken hat, ist nicht näher bestimmt. Jedenfalls genügt nicht eine bloß passive Assistenz der Obrigkeit. Andererseits bedarf es keiner Beurkundung oder Beglaubigung der Erklärung durch die Behörde, vielmehr genügt es, wenn die Behörde entweder auf der Vertragsurkunde selbst oder in einer besonderen hierüber aufgenommenen Urkunde über den Vertrag erkannt (ihn bestätigt) hat. Zur Abänderung des Vertrags bedarf es derselben Form, vgl. WürttMin. d. geistl. Angel. vom 28. Dezember 1810 (Reyscher, Samml. der Kirchengesetze IX 307).

D. Hamburg. 1. Die Entsch. des OLG. Hamburg — JDR. **12** Ziff. IV F zu § 1631 (Religiöses Erziehungsrecht der verwitweten Mutter) — auch RJA. **13** 66, KGJ. **46** A 246, SeuffA. **69** 466, R. **14** Nr. 2092.

2. HansGZ. **14** Beibl. 238 (Hamburg), ebenso OLG. **30** 69 (Hamburg). Für die Frage, ob die Mutter eines unehelichen Kindes über die religiöse Erziehung des Kindes zu bestimmen habe, ist das Recht des Staates, dem die Mutter angehört, maßgebend (vgl. HansGZ. **09** Beibl. 65). Der Anwendbarkeit des hiernach für Westpreußen in Betracht kommenden § 642 II. 2 ALR. steht in Hamburg, und zwar nicht nur für hamburgische Staatsangehörige, sondern mindestens auch für in Hamburg wohnende Angehörige anderer deutscher Bundesstaaten, der Art. 5 Abs. 2 HambVerfassung entgegen, welcher — im Gegensatze zu § 642 aaO. — volle Glaubens- und Gewissensfreiheit gewährleistet.

§ 1632. 1. DJZ. **14** 447 (Jena). Der Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes ist ein im Familienrechte wurzelndes, aus der elterlichen Gewalt sich ergebendes absolutes Recht. Aus der Natur dieses Rechtes folgt, daß seine Verwirklichung nicht wegen vermögensrechtlicher Ansprüche, mögen sie mit ihm auch in rechtlichem Zusammenhange stehen, verweigert werden kann. Ebensowenig können aber die aus vermögensrechtlichen Ansprüchen geschuldeten Leistungen zu dem Zwecke verweigert werden, den Anspruch auf Herausgabe des Kindes durchzusetzen.

2. **RG.** WarnE. **14** 176, R. **14** Nr. 1580. Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes ist nicht nur begründet, wenn der Beklagte die Herausgabe des Kindes verweigert hat, sondern auch schon dann, wenn er das Kind tatsächlich in solcher Art unter seine Botmäßigkeit gebracht hat, daß sein Verhalten den Kläger verhindert, die ihm nach § 1631 Abs. 1 zustehende Bestimmung über den Aufenthalt des Kindes durchzuführen.

§ 1634. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **12** Ziff. 1 zu § 1634 — (Herausgabeverlangen als Mißbrauch des Rechtes aus § 1634 Satz 2) auch SeuffA. **69** 152.

2. OLG. **30** 71 (BayObLG.). Ob die Mutter, wenn ihr die im § 1634 gewährleistete Anteilnahme an der Personensorge durch den Vater beeinträchtigt wird, das Vormundschaftsgericht anrufen kann, ist bestritten. Jedenfalls ist dieses zuständig, wenn die Beeinträchtigung zugleich den Tatbestand des § 1666 erfüllt, z. B. wegen der durch die Ausschließung der Mutter eintretenden Entfremdung zwischen Mutter und Kind das Wohl des Kindes gefährdet.

§ 1635. I. Vertragsmäßige Regelung. **RG.** LeipzZ. **14** 1361, WarnE. **14** 295. Ein Vertrag, der in einer von den gesetzlichen Vorschriften (§§ 1635, 1636) abweichenden Weise die Sorge für die Person des Kindes unter den Eltern regelt, ist nicht nur unwirksam, sondern auch nichtig im Sinne des § 139 BGB.

II. Abweichende Anordnungen. 1. OLG. **30** 71 (KG.). Die „besonderen Gründe", die im § 1635 Abs. 1 Satz 2 vorausgesetzt werden, sind ungewöhnliche, eigenartige, das Kind in besonderem Maße schädigende Umstände, die nicht mehr oder minder bei allen geschiedenen Ehegatten vorliegen (OLG. **10** 287, **12** 343).

2. OLG. **30** 73 (KG.). Die Personensorge darf auf den schuldigen Elternteil erst übertragen werden, wenn festgestellt ist, daß dessen Charakter, Erziehungsfähigkeit und Verhältnisse ihn zur Ausübung der Personensorge geeignet erscheinen lassen. Vgl. auch unten Ziff. A X 3 zu § 1666 BGB.

III. Verfahren. 1. KGJ. **44** A 17, RJA. **13** 5, OLG. **30** 76, SeuffA. **69** 466 (KG.). Das Vormundschaftsgericht ist während des Schwebens eines Ehescheidungsprozesses nicht berechtigt, ohne Feststellung der Voraussetzungen des § 1666 eine vorläufige Anordnung dahin zu treffen, daß bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ehescheidungsprozesses die Kinder oder eines von ihnen der Mutter zu überlassen seien. Der § 627 ZPO. duldet keine entsprechende Anwendung auf die Amtstätigkeit des Vormundschaftsgerichts.

2. KGJ. **45** A 29 (KG.). Anordnungen aus § 1635, die als einstweilige bezeichnet sind, können mit der Beschwerde angefochten werden.

3. HansGZ. **14** Beibl. 39 (Hamburg). Die Anordnung der Übertragung der Sorge für die Person des gemeinschaftlichen Kindes, soweit es sich nicht um die Entziehung der gesetzlichen Vertretung handelt, gehört an sich zu den nach § 627 ZPO. zulässigen Anordnungen.

§ 1636. I. Inhalt des Verkehrsrechts. 1. R. **14** Nr. 492 (KG.). Dem Aufenthaltsbestimmungsrechte des einen Elternteils (§ 1631) steht das Verkehrsrecht des anderen Teiles gegenüber. Der Sorgeberechtigte muß sich eine Beschränkung des ersteren, ohne daß die Voraussetzungen des § 1666 vorzuliegen brauchen, mit Rücksicht auf das letztere gefallen lassen, sofern nur die Beeinträchtigung keine ungebührliche ist. Dies gilt namentlich dann, wenn der Sorgeberechtigte das Kind ohne zwingenden Grund an einen fernen Ort verbracht und dadurch dem anderen Elternteile den Verkehr, wenn nicht unmöglich gemacht, so doch sehr erschwert hat.

2. WürttZ. **14** 359, R. **14** Nr. 2679, 2682 (Stuttgart). Zu dem persönlichen Verkehr im Sinne des § 1636 gehört nicht der schriftliche (ebenso OLG **14** 252 [KG.], JDR. **8** Ziff. III zu § 1636 BGB.). Gegen mißbräuchliche Beschränkung des Verkehrs kann nach § 1666 BGB. eingeschritten werden; in der Überwachung des schriftlichen Verkehrs liegt regelmäßig kein Rechtsmißbrauch. Darüber, ob gegenüber dem sorgeberechtigten Elternteile der andere Elternteil ein Recht hat, mit dem Kinde brieflich zu verkehren, ist im ordentlichen Rechtswege zu entscheiden.

3. R. **14** Nr. 1698 (KG.). § 1636 begründet nur ein Recht, nicht eine Verpflichtung des anderen Elternteils, mit dem Kinde zu verkehren. Macht der Elternteil von dem Verkehrsrechte keinen Gebrauch, so kann dieser Umstand für das Vormundschaftsgericht Anlaß geben, den Verkehr noch weiter, als angeordnet, zu beschränken, nicht aber kann der Verkehr durch Ordnungsstrafen erzwungen werden.

II. Voraussetzung der Verkehrsregelung. Die Entsch. KGJ. **44** A 23 — JDR. **12** Ziff. I 2 zu § 1636 — auch R. **14** Nr. 938 und nochmals OLG. **30** 74.

III. Verkehrsregelung im einzelnen. BayRpflZ. **14** 448, R. **14** Nr. 2482, 2483 (BayObLG.). Die Tatsache der Wiederverheiratung des sorgeberechtigten geschiedenen Vaters kann Anlaß geben, den Verkehr der Mutter mit dem Kinde einzuschränken, wenn die Mutter mit der jetzigen Ehefrau des Vaters verfeindet ist. — Die Regelung des Verkehrs nur für ein Vierteljahr ist nur in besonderen Fällen angängig, wenn eine weiter hinausgehende Vorsorge aus tatsächlichen Gründen unmöglich ist.

IV. Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts. 1. Sächs. OLG. **35** 267. Das Vormundschaftsgericht ist zu Anordnungen nach § 1636 Satz 2

auch dann zuständig, wenn die geschiedenen Ehegatten Ausländer sind (RG. WarnE. **13** 516, JDR **12** Ziff I 4 b zu § 1636)

2. BayObLG. **14** 474, DJZ. **14** 1116 (BayObLG.). Das Vormundschaftsgericht ist zur Verkehrsregelung auch während des Scheidungsprozesses zuständig, selbst wenn sich die Eheleute vor dem Prozeßgericht (in dem Verfahren wegen Erlasses einer einstweiligen Verfügung) dahin geeinigt haben, daß das Kind bei dem einen der Ehegatten bleiben solle. Die Regelung des Verkehrs umfaßt die Art und Weise, den Ort und die Zeit des Verkehrs.

§ 1638. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **12** zu § 1638 — auch OLG. **30** 78.

2. BadNotZ. **14** 171 (LG. Mannheim). Haben Eheleute sich gegenseitig derart bedacht, daß das beiderseitige Vermögen nach dem Tode des Überlebenden durch einen Testamentsvollstrecker verwaltet werden soll, kann aber hinsichtlich des Nachlasses des Erstverstorbenen die Ernennung des Testamentsvollstreckers nicht in Wirksamkeit treten, so darf, wenn Erben unter elterlicher Gewalt stehen, nicht zur Erhebung von Pflichtteilsansprüchen und zur Verwaltung des Vermögens ein Pfleger bestellt werden, vielmehr muß die Vertretungsbefugnis des elterlichen Gewalthabers gelten. Insbesondere darf in der Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht eine Anordnung im Sinne des § 1638 gesehen werden dahin, daß das Vermögen der Verwaltung des elterlichen Gewalthabers entzogen sein soll.

§ 1639. OLG. **30** 78 (Stettin). Ist der Vater durch letztwillige Verfügung zur Verwaltung des seinem Kinde von dem Erblasser zugewendeten Vermögens mit der Auflage berufen worden, zu Verfügungen über das Kapital zu Zwecken der Erziehung des Kindes die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen, so kann der dem Kinde zur Wahrnehmung seiner aus dem Testamente sich ergebenden Rechte bestellte Pfleger in Rechte des elterlichen Gewalthabers, die diesem nach dem Testamente zustehen, nicht eingreifen, sondern höchstens bei Kapitalverwendungen zu Erziehungszwecken mitwirken.

§ 1640. HessRspr. **14** 306 (Darmstadt). Die Inventarisationspflicht nach § 1640 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem überlebenden Ehegatten der Nießbrauch an dem dem minderjährigen Kinde nach Art. 192 HessAGBGB. zugefallenen Vermögen zusteht.

§ 1642. Abs. 2. OLG. **30** 79, PosMSchr. **14** 15 (KG.). Ob besondere Gründe im Sinne des Abs. 2 vorliegen, hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu bestimmen. Doch darf es von der ihm gegebenen Befugnis nur aus Gründen, die mit dem Sonderfalle zusammenhängen, nicht aus Erwägungen allgemeiner Natur Gebrauch machen. Die besonderen Umstände müssen überdies so geartet sein, daß sie die andere Anlegung zur Vermeidung erheblicher Nachteile, die sonst die Kinder treffen würden, gerechtfertigt erscheinen lassen. Endlich muß die Sicherheit der anderen Anlegung gewährleistet sein (KGJ. **37** A 65).

§ 1643. I. Josef, AZivPr. **111** 322 — im Anschluß an KGJ. **42** A 89 (KG.), JDR. **11** Ziff. 1 zu § 1643 —. Reicht der Vater (Vormund) eine von ihm für das Kind (den Mündel) abgegebene Erbschaftsausschlagungserklärung dem Amtsgericht ein mit dem Antrage, dieses möge als Vormundschaftsgericht die Erklärung genehmigen und demnächst als gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt ansehen, und hat derselbe Richter die Vormundschafts- und Nachlaßsache zu bearbeiten, so ist mit dem Zeitpunkte der an den Vater (Vormund) bewirkten Bekanntmachung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1828, 1643 Abs. 3) die Erbschaftsausschlagung als gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt anzusehen. — Hat dagegen der Richter, dem die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts obliegen, nicht zugleich die des

Nachlaßgerichts, so hat er die Erbschaftsausschlagungserklärung, sobald dem Vater die Genehmigung bekanntgemacht ist, der für die Bearbeitung der Nachlaßsachen zuständigen Abteilung vorzulegen. Erst mit dem Zeitpunkte dieser Vorlegung ist die Erbschaftsausschlagung gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt.

II. Aus der Praxis. 1. Verfügung über Grundstücke. a) BadNotZ. **14** 118 (ungenanntes LG.). Will eine Witwe ein Grundstück, das zum Gesamtgute der zwischen ihr und ihren minderjährigen Kindern bestehenden fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört, mit einer Hypothek belasten, so bedarf sie dazu der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, denn die Zustimmung zu der Hypothekbestellung ist als eine Verfügung über das Grundstück anzusehen: vgl. OLG. **4** 414 (BayObLG.), ZBlFG. **7** 721 (Stuttgart), ZBlFG. **13** 543 (KG.). **b)** BadRpr. **14** 6 (LG. Mosbach). Hat der Erblasser seiner Witwe testamentarisch das Recht zur Übernahme von Grundstücken eingeräumt, so hat diese dadurch nur einen Anspruch gegen die Miterben auf Übertragung des Miteigentums an den Grundstücken erworben. Zur Übertragung des Eigentums an den Grundstücken auf die Witwe bedarf es daher der Auflassung und hierzu der dem Pfleger der Kinder zu erteilenden Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

2. Anwendungsfälle des § 1822 Nr. 10. **a)** ZBlFG. **14** 600 (Dresden). Der Inhaber der elterlichen Gewalt bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn er bei dem Erwerb eines Grundstücks für das Kind eine auf dem Grundstücke hypothekarisch lastende Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt (§ 1822 Nr. 10). **b)** **RG.** R. **14** Nr. 890. Tritt der Vater eine dem Sohne gegen ihn zustehende Hypothek zur Tilgung seiner eigenen Schuld an seinen Gläubiger ab, so ist diese Rechtshandlung ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1795, 1630, 1822 Nr. 10 rechtsunwirksam (**RG. 63** 76, **76** 89; **75** 358, JDR. **5** Ziff. 4 a α zu § 1822, **10** Ziff. 2 a, d zu § 1643). Ein gutgläubiger Dritter erwirbt dagegen bei weiterer Übertragung das volle Hypothekenrecht.

3. Irrtum des Vormundschaftsrichters. RheinARV. **32** 9 (Cöln). Hat das Vormundschaftsgericht die Bestellung einer Hypothek auf einem Grundstück, an dem Minderjährige beteiligt sind, genehmigt, so können die Minderjährigen die Bestellung der Hypothek mit der Begründung anfechten, daß das Vormundschaftsgericht irrtümlich angenommen habe, für die Schuld sollten die Minderjährigen nicht persönlich, sondern nur mit dem Grundstücke haften (OLG. **22** 130, JDR. **10** Ziff. 2 b zu §§ 1821 ff.).

§ 1645. BayRpflZ. **14** 448, R. **15** Nr. 321, 322 (BayObLG.). Die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung besteht auch dann, wenn zur Zeit ihrer Einholung das Erwerbsgeschäft bereits begonnen war. Bei der Erörterung der Genehmigung ist lediglich das Interesse des Kindes zu wahren; das Interesse des Gewalthabers, seiner Gläubiger oder sonstiger Dritter kommt nicht in Betracht.

§ 1647. HansGZ. **14** Beibl. 112 (Hamburg). Zur Anwendung des § 1647 genügt es, wenn über das Gesellschaftsvermögen des Vaters, welcher Mitglied einer in Konkurs geratenen offenen Handelsgesellschaft ist, der Konkurs eröffnet worden ist. Übereinstimmend mit RJA. **12** 179 (KG.), JDR. **12** Ziff. 2 zu § 1647, auch abgedruckt OLG. **30** 82.

§ 1648. ElsLothJZ. **14** 505 (Colmar). Ein Anspruch des Kindes wegen Körperverletzung gegen den Schädiger wird nicht durch die Unterhaltspflicht des Vaters (§§ 1601 ff.) ausgeschlossen. Hat der Vater die Heilungs- und Pflegekosten vorgeschossen, was im Zweifel anzunehmen ist, so kann er für seine Aufwendungen von seinem Sohne Ersatz verlangen (§ 1648). Außerdem hat er gegen den Gläubiger einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.).

§ 1652. 1. KGJ. **45** A 257 (KG.). Ein Zinsrecht der Kinder bezüglich einer für sie vom Vater an seinem Grundstücke bestellten Darlehnshypothek kann nur insoweit begründet und eingetragen werden, als die Forderung der Kinder der Nutznießung des Vaters nicht unterliegt.

2. a) Brosig, DJZ. **14** 566. Da die Vorschrift des § 1652 der des § 1383 genau nachgebildet ist, muß, wie bei jener (vgl. KGJ. **40** A 140, JDR. **10** Ziff. II 1 a zu § 1115 BGB.), auch hier der Grundsatz gelten, daß eine der elterlichen Nutznießung unterliegende verzinsliche Forderung des Kindes gegen den Gewalthaber nicht begründet und im Grundbuche nicht eingetragen werden kann, es müßten denn die Voraussetzungen des § 1651 BGB. vorliegen. Auf Grund eines Erbrezesses, durch den der überlebende Elternteil den Nachlaß seines verstorbenen Gatten übernimmt und seinen Kindern als Entgelt für die Übertragung der Nachlaßanteile eine Hypothek bestellt, dürfen Zinsen für die Hypothek nur mit der Bestimmung eingetragen werden, daß die Verzinsung erst mit der Beendigung der elterlichen Gewalt, wozu auch die Wiederverheiratung der Mutter gehört, beginnt. **b)** Dagegen Ricks, DJZ. **14** 690, da der Vater nicht verhindert sei, abweichend von seinen gesetzlichen Rechten im einzelnen Falle sich wirksam zu verpflichten, seinem Kinde und (im Falle des § 1383) seiner Frau eine verzinsliche Forderung zu begründen und dafür eine Hypothek zur Eintragung zu bringen.

§ 1654. 1. a) HansGZ. **14** Beibl. 25, OLG. **30** 80 (Hamburg) schließt sich der Ansicht an, wonach die Haftung des Vaters von dem tatsächlichen Vorhandensein eines (nicht freien) Kindesvermögens abhängig ist. **b)** Ebenso PrJMBl. **13** 451 (KG.), BayObLG. **15** 93, BayRpflZ. **14** 154, OLG. **30** 81, LeipzZ. **14** 784, R. **14** Nr. 1282 (BayObLG.), ZBlFG. **15** 383 (Dresden), KGBl. **14** 101 (LG. II Berlin).

2. KGBl. **14** 101 (LG. II Berlin). Die Bestimmung des § 1654 legt dem Vater auch die Haftung für Verpflichtungen des Kindes aus § 1708 BGB. auf.

§§ 1665, 1685. Niemeyer, LeipzZ. **14** 1793. Die Mutter kann die Abwesenheit des Mannes nicht benutzen, sich des Kindes zu bemächtigen, sondern sie kann nur, wenn infolge einer veränderten Sachlage eine Maßregel für das der Sorge des Vaters unterstehende Kind erforderlich wird und dann der Mann nicht erreichbar ist, unter Berufung auf § 1685 die elterliche Gewalt ausüben.

§ 1666. A. **Reichsrecht.**

I. Ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts. Simon, ZBlFG. **15** 294. Kostkinder können gegen den Willen des Fürsorgeberechtigten von dem Platze, an dem sie untergebracht sind, nur durch eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts aus §§ 1666, 1838 BGB. weggenommen werden. Dem Anordnungsrechte des Vormundschaftsgerichts kann kein Anordnungsrecht der Polizeibehörde an die Seite gestellt werden.

II. Verneinung eines Verschuldens. 1. BayObLG. **15** 166, OLG. **30** 84 Anm. 1 (BayObLG.). In der Verheimlichung des Aufenthalts des Kindes vor den Behörden liegt nicht ohne weiteres eine Verfehlung des Vaters im Sinne des § 1666. Auch eine Unfähigkeit des Vaters sein, Kind zu erziehen, ist als solche Verfehlung nur dann zu erachten, wenn die Unfähigkeit verschuldet ist.

2. BayObLG. **15** 169, OLG. **30** 84 Anm. 1 (BayObLG.). Der schlechte Ernährungszustand des Kindes fällt der Mutter als Verschulden nicht zur Last, wenn er nicht Folge einer Vernachlässigung, sondern ihrer äußerst dürftigen, von ihr nicht schuldhaft herbeigeführten wirtschaftlichen Verhältnisse ist.

3. BayObLG. **15** 260, 291, OLG. **30** 84, R. **14** Nr. 2680, 2681, BayRpflZ. **14** 254 (BayObLG.). Eine Vernachlässigung fällt dem Vater nicht zur Last wenn er sein Kind nach dem Ableben der Mutter bei seinen nächsten Verwandten gut

untergebracht und, da kein Kostgeld von ihm verlangt wurde, für den Unterhalt des Kindes im wesentlichen nichts beigetragen hat. In einem solchen Falle bedeutet es auch keinen Mißbrauch des Personensorgerechts, wenn der Vater, nachdem in der bisherigen Umgebung für das Kind keine geregelte Beschäftigung und Ausbildungsgelegenheit mehr sich bietet, verlangt, daß das Kind nunmehr zu ihm zurückkehre.

III. Verneinung einer Gefährdung. 1. R. **15** Nr. 323 (BayObLG.). Der Umstand, daß die Mutter eines minderjährigen Kindes ein Liebesverhältnis unterhält und außerehelich geboren hat, muß nicht notwendig zu Maßregeln aus § 1666 gegen sie führen, solange sie dadurch das Scham- und Sittlichkeitsgefühl des Kindes nicht verletzt.

2. R. **14** Nr. 1998 (BayObLG.). Öftere berufliche Abwesenheit des Vaters gefährdet die Kinder nicht, wenn diese erwachsen genug sind, um während der vorübergehenden Abwesenheit des Vaters sich selbst überlassen zu bleiben.

IV. Vernachlässigung. 1. Die Entsch. SächsOLG. **34** 68 — JDR. **12** Ziff. A IV 1 zu § 1666 — auch OLG. **30** 85.

2. OLG. **30** 83 (Hamburg). Neigt ein Kind zu unregelmäßigem Schulbesuche, so genügt der Vater seiner Sorgepflicht nicht schon mit Ermahnungen oder bloßen Anordnungen, sondern er hat auch die Befolgung seiner Anordnungen sorgfältig zu überwachen und nötigenfalls zwangsweise durchzuführen. Andernfalls kann nach § 1666 gegen ihn vorgegangen werden.

3. KGJ. **46** A 45 (KG.). Soll der Widerspruch des Vaters gegen einen an dem Kinde vorzunehmenden Heileingriff ausgeschaltet werden, so kann dies nicht dadurch geschehen, daß das Vormundschaftsgericht die Entscheidung darüber, ob ärztlich eingegriffen werden soll, einem Arzte überläßt, vielmehr ist, sofern nicht die Voraussetzungen des § 1846 vorliegen, nach Beschränkung oder Entziehung der Personensorge des Vaters die Entscheidung von einem zu bestellenden Pfleger zu treffen. — Verweigert der Vater die Einwilligung zu dem Eingriffe, so ist ein Einschreiten aus § 1666 gegen ihn zulässig. Darüber, ob es begründet ist, entscheiden die Umstände des Einzelfalls. Insbesondere sind bei der Entscheidung die Gefahren des ärztlichen Eingriffes, dessen Aussicht auf Erfolg, die Sicherstellung wegen der Kosten, die Gefährdung des leiblichen Wohles des Kindes durch das Unterbleiben des Heilungsversuchs und sog. psychische Imponderabilien zu berücksichtigen (vgl. **RG. 83** 15, JDR. **12** Ziff. 4 b zu § 254 BGB.).

V. Mißbrauch der Personensorge. 1. BayRpflZ. **14** 277 (BayObLG.). Die Gefährdung des Kindes kann darin gefunden werden, daß dieses, nachdem es in den ersten Lebensjahren von seiner Mutter getrennt worden ist, der unersetzbaren mütterlichen Pflege und der Mutterliebe entbehrt und der Mutter entfremdet wird. Desgleichen ist in einem solchen Falle ein Mißbrauch der Personensorge darin zu finden, daß der Vater unter Überschreitung seines Aufenthaltsbestimmungsrechts das Kind völlig von der Mutter getrennt hat, obwohl die dadurch für das Kind sich ergebenden Nachteile ihm zum Bewußtsein kommen mußten.

2. a) R. **14** Nr. 1283 (BayObLG.). Ein Mißbrauch des Personensorgerechts kann darin liegen, daß der Vater grundlos der Mutter die Erziehung des vierjährigen Sohnes entzieht und das Kind bei Verwandten unterbringt. **b)** BayObLG. **15** 259, R. **14** Nr. 1851, 1852 (BayObLG.). Schon die Wegnahme des Kindes aus gesicherten in ungewisse Verhältnisse kann einen Mißbrauch des Sorgerechts enthalten. Der Vater kann die Tatsache, daß er sich jahrelang um sein bei den betagten und armen Schwiegereltern untergebrachtes

Kind nicht gekümmert hat, nicht damit entschuldigen, er habe annehmen dürfen, daß das Kind dort gut verpflegt sei.

3. **a)** KGJ. **46** A 41, PosMSchr. **14** 93, R. **15** Nr. 45 (KG.). Ein Mißbrauch des Personensorgerechts kann darin liegen, daß die verwitwete Mutter, die ihr Kind in der von der ihrigen verschiedenen Religion unterrichten zu lassen verpflichtet ist, zwar den Religionsunterricht dem Kinde in dem Glauben des Vaters erteilen läßt, zugleich aber das Kind regelmäßig zum Besuche des ihrer eigenen Konfession entsprechenden Gottesdienstes anhält. **b)** Dagegen Weißler, DNotV. **14** 785. Ein Mißbrauch der Personensorge liegt nicht schon in der Nichtbefolgung gesetzlicher Vorschriften, besonders wenn sie für schädlich gehalten werden. Nicht auf das Recht des Kindes, sondern auf dessen Wohl kommt es an, desgleichen darf der Zwang nicht zur Brechung eines widerstrebenden Willens, sondern nur von dem Gesichtspunkte des Wohles des Kindes aus geübt werden.

4. SeuffA. **69** 469 (Rostock). Die Verweigerung der Genehmigung zum einjährig-freiwilligen Militärdienste des Sohnes kann sich als Mißbrauch der elterlichen Gewalt darstellen.

VI. Ehrloses oder unsittliches Verhalten. Neigung zu solchem. KGJ. **46** A 38 (KG.). Wenn auch § 1666 Abs. 1 ein gegenwärtiges ehrloses oder unsittliches Verhalten des Vaters und eine dadurch herbeigeführte gegenwärtige Gefährdung des Kindeswohls voraussetzt, so erfordert er doch nicht, daß Betätigungen dieser ehrlosen oder unsittlichen Gesinnung bis zum Erlasse des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses nachgewiesen sind. Es genügt, wenn das nachgewiesene ehrlose oder unsittliche Verhalten derart ist, daß es einen Schluß auf eine hartnäckige Neigung zu ehrlosem oder unsittlichem Tun zuläßt, und deshalb damit zu rechnen ist, der Vater werde sich auch fernerhin ehrlos oder unsittlich verhalten und dadurch das geistige Wohl des Kindes schädigen.

VII. Entziehung der Vermögensverwaltung (§ 1666 Abs. 2). R. **14** Nr. 785 (BayObLG.). Zur Anwendung des § 1666 Abs. 2 ist erforderlich, daß gegenwärtig eine Verletzung der Unterhaltspflicht vorliegt und die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht auf einem Verschulden beruht (BayObLG. **10** 359, **12** 322, **13** 557). Selbst wenn daher ein Vater sein Vermögen nicht wirtschaftlich verwaltet hat, so liegt doch zu einer Anordnung aus § 1666 Abs. 2 kein Anlaß vor, wenn der Vater das noch vorhandene Vermögen dem Kinde überlassen hat und dieses aus den Einkünften unterhalten werden kann (§ 1602 Abs. 2 BGB.).

VIII. Entziehung der elterlichen Gewalt? HansGZ. **14** Beibl. 203 (Hamburg). Das alleinige Vorhandensein der im § 1666 Abs. 1 erwähnten Tatsachen rechtfertigt nur solche Maßnahmen, die in ihrer äußersten Folge bis zur Entziehung der dem Gewalthaber für die Person des Kindes zustehenden Sorge gehen. Nur wenn daneben noch die im § 1666 Abs. 2 dargelegten Voraussetzungen gegeben sind, kann dem Gewalthaber auch die Verwaltung des Kindesvermögens sowie die Nutznießung daran entzogen werden, wobei es dahingestellt gelassen wird, ob eine solche Entziehung auch die der Vertretung des Kindes und damit der gesamten elterlichen Gewalt im Sinne von OLG. **6** 170, **7** 418 (KG.), JDR. **2** Ziff. IV zu § 1666 BGB., enthält.

IX. Verhältnis zur Armenpflege (Elsaß-Lothringen). ElsLothJZ. **14** 54 (BAH.) — Mitteilung von Keller —. Die Armenverbände haben gerichtliche Anordnungen aus § 1666, soweit mit ihnen nicht besondere erzieherische Zwecke verfolgt werden, sondern nur die Trennung der Kinder von den Eltern ausgesprochen wird, gegen sich gelten zu lassen (BAH. **36** 52, **39** 30, **41** 75). Die Entscheidung, ob zur Fürsorge in Elsaß-Lothringen der örtliche Armenverband oder der Landarmenverband ver-

pflichtet ist, hängt von der Begrenzung ab, die dem Begriffe der Waisenpflege im Sinne des § 26 ElsLothAGUWG. zu geben ist. Hiernach in Verbindung mit Titel III § 5 des Dekrets vom 19. Januar 1811 erstreckt sich die Fürsorgepflicht des Landarmenbandes auf „Findelkinder, verlassene Kinder und arme Waisenkinder". Im Sinne dieser Vorschrift liegt es aber, den Begriff der „verlassenen" Kinder auch auf die durch gerichtliche Anordnungen aus § 1666 von ihren Eltern getrennten Kinder zu erstrecken, wie dies entsprechend die Rechtsprechung auch von Kindern solcher armen Eltern annimmt, die sich in Untersuchungs- oder Strafhaft befinden oder in einem Spital oder einer Irrenanstalt vorübergehend oder dauernd Aufnahme gefunden haben.

X. Verfahren des Vormundschaftsgerichts. 1. a) BayRpflZ. **14** 388 (BayObLG.). Es enthält eine Gesetzesverletzung, wenn das Vormundschaftsgericht dem Vater das volle Personensorgerecht entzogen hat, ohne geprüft zu haben, ob nicht eine teilweise Entziehung des Fürsorgerechts, z. B. des Rechtes, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, genüge. b) R. **15** Nr. 324, 325 (BayObLG.). Bevor ein auf Entziehung der Personensorge gerichteter Antrag abgewiesen wird, ist zu prüfen, ob nicht eine teilweise Entziehung z. B. des Aufenthaltsbestimmungsrechts sachgemäß ist. Auch ein unsittlicher Lebenswandel der Stiefmutter kann Anlaß geben, gegen den Vater mit Maßregeln aus § 1666 vorzugehen.

2. BadRpr. **14** 34 (Karlsruhe) tritt dem KG. (R. **05** Nr. 501 = KGJ. **30** A 40, JDR. **4** Ziff. III zu § 1666) bei, wonach, wenn dem einen geschiedenen Ehegatten die Sorge für die Person des Kindes entzogen wird, diese Sorge auf den anderen Ehegatten ohne weiteres übergeht.

3. a) KGJ. **46** A 35 (KG.). Eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts, die dem zur Sorge für die Person des minderjährigen Kindes berechtigten geschiedenen Ehegatten diese Sorge auf Grund des § 1666 Abs. 1 entzieht, kann erst getroffen werden, wenn feststeht oder festgestellt ist, daß die Personensorge ohne Gefährdung des Kindes auf den anderen Ehegatten (KGJ. **30** A 40) übergehen kann. Vgl. KGJ. **44** A 318, RJA. **12** 9, BayObLG. **13** 136 (BayObLG.), JDR. **11** Ziff. III 1 zu § 1635 BGB. b) Ebenso RheinARB. **32** 33 (KG.).

XI. Vorläufige Maßregeln. 1. KGJ. **46** A 45 (KG.). Vorläufige Maßregeln in einem nach § 1666 eingeleiteten Verfahren dürfen schon ihrer Bezeichnung nach nur auf vorübergehende Zeit und auf die einstweilige Regelung eines Zustandes berechnet sein, dürfen aber in keinem Falle zu einem Ergebnisse führen, das für das endgültige Verfahren, weil dessen Zweck und Ziel durch die vorläufige Maßregel bereits erreicht wird, eine Entscheidung nicht mehr übrig läßt.

2. KGJ. **45** A 29 (KG.). Anordnungen aus § 1666, die als einstweilige bezeichnet sind, können mit der Beschwerde angefochten werden.

3. Vgl. auch oben Ziff. III 1 zu § 1635 (vorläufige Anordnung im Scheidungsprozesse).

XII. Über die Frage, ob und nach welchem Rechte Ausländern die elterliche Gewalt entzogen werden darf, s. KGJ. **45** A 18 unten Ziff. 5 zu Art. 19 EGBGB.

B. **Fürsorgeerziehung** (Zwangserziehung) nach Landesrecht.

I. Preußen.

Literatur: Ellger, Fürsorgeerziehung und Jugendgefängnis, DStrafrZ. **14** 575. — Feisenberger, Fürsorgeerziehung und Kinderschutzvereinsarbeit, FürsZBl. **6** 41. — Freudenthal, Gefängnisrecht und Recht der Fürsorgeerziehung, LeipzZ. **14** 416 (aus Bd. 5 der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von v. Holtzendorff-Kohler). — Freudenthal gibt in Bd. 5 der 7. Aufl. von Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechts-

wissenschaft 109, einen kurzen Abriß des Fürsorgeerziehungsrechts. Er bezeichnet die Fürsorgeerziehung als ein Rechtsverhältnis, geordnet durch öffentliches Recht, und zwar Verwaltungsrecht, das die vom Staate angeordnete Erziehung eines Minderjährigen in einer fremden Familie oder in einer Anstalt zum Gegenstande hat. Der in ihr liegende Zwang, der in dem älteren Namen Zwangserziehung liegt, richtet sich gegen die Eltern, nicht gegen die Kinder. Gegen das Kind kann von einem Zwange auch nicht insofern gesprochen werden, als etwa staatliche Erziehung, mit natürlicher verglichen, strenger sein müßte. In einem besonderen Abschnitte werden Vorschläge zur Reform der Fürsorgeerziehung gemacht, insbes. wird der Erlaß eines Reichs-FürsErzG. gefordert. — Gordan im Handwörterbuche der Kommunal-Wissenschaften, herausgegeben von Brix u. a. II 93—98. — Köhne, DJZ. **14** 496, bespricht die in Aussicht genommene Abänderung des PrFürsErzG. — Kormann, Pr. VerwBl. **35** 437 (Die Erstattung von Fürsorgeerziehungskosten durch den Zögling und den Unterhaltspflichtigen), behandelt den (öffentlich-rechtlichen) Erstattungsanspruch der Kommunal- und Ortsarmenverbände aus § 16 FürsErzG. nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalte, den Erlöschensgründen und hinsichtlich seiner Geltendmachung mit Einschluß der zwangsweisen Durchsetzung. — Langer, PrVerwBl. **35** 727, bespricht die FürsErzG. Novelle und schlägt eine Änderung des FürsErzG. dahin vor, daß dem § 1 folgender neue Absatz hinzugefügt werde: „In den Fällen von Nr. 1 muß die Überweisung zur Fürsorgeerziehung ausgesprochen werden, wenn die anderweitige Unterbringung die Aufwendung öffentlicher Mittel erfordert." Dagegen Hasemann, PrVerwBl. **35** 767, da schon nach geltendem Rechte der Richter verpflichtet sei, beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Fürsorgeerziehung anzuordnen. Entgegnung von Langer, PrVerwBl. **35** 799. — Lindenberg, Die Fürsorgeerziehung Minderjähriger in Preußen (Justizstatistik), DJZ. **14** 739. — Osius, Die Selbstverwaltung der Zöglinge in Fürsorgeerziehungsanstalten, FürsZBl. **6** 49. — Schlosser, Die neue Statistik über die Fürsorgeerziehung (1. April 1912 bis 31. März 1913), FürsZBl. **5** 253. — Stiehler, Schwachbegabte in Fürsorgeerziehungsanstalten für Schulentlassene, FürsZBl. **6** 157.

1. Verhältnis zur Armenpflege. Die Entsch. des KG. — JDR. **11** Ziff. B I 4 a zu § 1666 BGB. — auch KGJ. **45** A 72.

2. Gesetzliche Vertretung im Fürsorgeerziehungsverfahren. KGJ. **46** A 83. Die Anordnung und Durchführung der Fürsorgeerziehung durch Unterbringung des Minderjährigen in einer Familie ändern an der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen nichts. Wenn aus KGJ. **28** A 179, JDR. **3** Ziff. 6 zu § 1822 BGB., etwas Abweichendes entnommen werden kann, wird es nicht aufrecht erhalten.

3. Beschwerderecht. **a)** OLG. **30** 92 (KG.). Der Vater, dem die Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten des Kindes entzogen ist, hat kein Beschwerderecht. **b)** OLG. **30** 93 (KG.). Die Mutter als solche hat kein Beschwerderecht, auch dann nicht, wenn der auf Unterbringung zur Fürsorgeerziehung lautende Beschluß in seinem entscheidenden Teile geändert (berichtigt) wird, mag die Änderung zu Recht oder zu Unrecht ergangen sein. **c)** KGJ. **46** A 88. Dem gesetzlichen Vertreter steht im Fürsorgeerziehungsverfahren das Beschwerderecht kraft eigenen Rechtes, nicht aus einem Rechte des Minderjährigen zu. Der gesetzliche Vertreter kann daher, wenn die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde für ihn abgelaufen ist, aber auf rechtzeitig seitens des mehr als 14 Jahre alten Minderjährigen eingelegte sofortige Beschwerde das Beschwerdegericht entschieden hat, die Entscheidung des Beschwerdegerichts weder im eigenen Namen noch in Vertretung des Minderjährigen mit der sofortigen weiteren Beschwerde anfechten, es sei denn, daß er von dem Minderjährigen bevollmächtigt ist (vgl. KGJ. **27** A 22, JDR. **3** Ziff. 7 a zu Art. 135 EGBGB.). **d)** Ebenso PosMSchr. **14** 98 (KG.). **e)** PosMSchr. **14** 146 (KG.). Das dem gesetzlichen Vertreter nach § 4 Abs. 4 FürsErzG. zustehende Beschwerderecht setzt nicht die Darlegung der Beeinträchtigung eines Rechtes (§ 20 FGG.) voraus, vielmehr genügt es, wenn ein Beschluß des im § 4 Abs. 4 vorausgesetzten Inhalts ergangen ist und der Beschwerdeführer zu den dort als beschwerdeberechtigt Anerkannten gehört. Beschwerdeberechtigt als gesetzlicher Vertreter ist, wer zur Zeit der Einlegung des Rechtsmittels zur

Ausübung der gesetzlichen Vertretung befugt ist. Tritt im Laufe des Verfahrens ein Wechsel in der gesetzlichen Vertretung ein, so hat der Nachfolger alle Erklärungen, Handlungen und Unterlassungen seines Vorgängers gegen sich gelten zu lassen. Durch den Tod des Vorgängers wird die Wirksamkeit des von ihm eingelegten Rechtsmittels nicht in Frage gestellt oder erledigt, sondern der Nachfolger (z. B. die Mutter) ist ohne weiteres an die Stelle des Vorgängers (z. B. des Vaters) getreten. Dem Nachfolger ist daher der Beschluß des Beschwergegerichts zuzustellen, und ihm steht dagegen das Rechtsmittel der sofortigen weiteren Beschwerde zu.

4. Verfahren. OLG. 30 91 (KG.). Die Aussetzung des Fürsorgeerziehungsverfahrens kann jederzeit, wenn eine Veränderung der Umstände es rechtfertigt, aufgehoben werden. Die erneute Anordnung der vorläufigen Unterbringung ist in jedem Stadium des Verfahrens bis zu seinem rechtskräftigen Abschlusse formell zulässig.

5. Kosten. a) PrVerwBl. 35 737, FürsZBl. 6 60 (PrMin. d. Inn.). Hat in Preußen ein Vormundschaftsgericht die vorläufige Unterbringung eines sächsischen Staatsangehörigen nach § 5 FürsErzG. angeordnet, so fallen die Kosten der vorläufigen Unterbringung der preußischen Ortspolizeibehörde auch dann zur Last, wenn demnächst das zuständige sächsische Vormundschaftsgericht die Unterbringung zur Fürsorgeerziehung angeordnet hat. Es folgt dies aus dem Nebeneinanderbestehen der Landesgesetze der einzelnen Bundesstaaten. b) FürsZBl. 6 199 (Hamm). Tritt zwischen vorläufiger und endgültiger Unterbringung ein Wechsel des Unterstützungswohnsitzes ein, so ist zur Tragung der durch die vorläufige Unterbringung entstandenen Kosten der ersten Ausstattung des Zöglinges derjenige Ortsarmenverband verpflichtet, der zur Zeit der vorläufigen Unterbringung zuständig war. c) DJZ. 14 875 (Hamm) — Mitteilung von Hein. — Die Kosten der Überführung (§ 15 FürsErzG.) sind nicht gleichbedeutend mit den Kosten der Beförderung von Ort zu Ort. Zur Überführung gehören auch bei längeren Reisen die Verpflegung und Beherbergung des Zöglinges, da sie unmittelbar durch die Beförderung nötig gemacht werden und die Voraussetzung der Durchführung der Überführung sind. Nach dem gleichen Gesichtspunkte sind auch die Kosten der einstweiligen polizeilichen Verpflegung, der Reinigung und Neueinkleidung zu beurteilen, denn diese Maßnahmen bezwecken, den Zögling in einen transportfähigen Zustand zu versetzen, und sind insofern als ein Teil des Aktes der Überführung selbst zu behandeln. d) FürsZBl. 6 122 (LG. Düsseldorf). Wird ein unter Vorbehalt des Widerrufs entlassener Fürsorgezögling von einer Polizeibehörde mit Rücksicht auf sein strafbares Verhalten vor Widerruf der Entlassung festgenommen und festgehalten, weil der Widerruf bestimmt zu erwarten ist, um ihn nach dem Widerrufe der Entlassung dem Kommunalverbande zuzuführen, und erfolgt dann der Widerruf, so hat die Polizei jedenfalls die Geschäfte besorgt, die der Kommunalverband selbst auf seine Kosten besorgen müßte, wenn sie noch nicht besorgt wären. Die Polizeibehörde kann daher nach §§ 677 ff. BGB. die durch die Festnahme und Festhaltung entstandenen Kosten von dem Kommunalverband erstattet verlangen.

6. Zu einzelnen Bestimmungen des Fürsorgeerziehungsgesetzes. a) **§ 1.** OLG. 30 86 (KG.). Die Fürsorgeerziehung ist entbehrlich, wenn dem Vater das Recht der Personensorge entzogen und die anderweite Unterbringung des Kindes ausreichend und durchführbar ist (Wiederholung der bisherigen Rechtsprechung im PrJMBl. 12 168, JDR. 11 Ziff. B I 4 a zu § 1666 BGB.). b) **§ 1.** Ziff. 1. R. 15 Nr. 45 (KG.). Ist der Vater eines Minderjährigen an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert (§ 1665 BGB.), so liegen im Sinne des § 1 Ziff. 1 FürsErzG. die Voraussetzungen

des § 1666 BGB. auch dann vor, wenn solche nicht gegenüber dem Vater, sondern gegenüber der nach § 1685 BGB. zur Ausübung der elterlichen Gewalt berufenen Mutter bestehen. **c) § 1.** Ziff. 3. OLG. **30** 90 (KG.). Aus dem Vorhandensein hochgradigen Schwachsinns und dem Mangel der zur Erkenntnis der Strafbarkeit eines begangenen Hausfriedensbruchs erforderlichen Einsicht ergibt sich nicht ohne weiteres die Aussichtslosigkeit nachdrücklicher erziehlicher Einwirkungen. **d) § 4.** R. **15** Nr. 45 (KG.). Besteht die Behinderung des Vaters darin, daß er im Felde steht, so läßt sich die Frage, ob der Vater nach § 4 Abs. 2 ohne erhebliche Schwierigkeit gehört werden kann, nur nach Lage des einzelnen Falles nach dem Ergebnisse der darüber anzustellenden Ermittlungen entscheiden. **e) § 13.** OLG. **30** 92 (KG.). Die vorzeitige Aufhebung der Fürsorgeerziehung kann nicht damit begründet werden, daß die in die Erscheinung getretene Verschlechterung in dem Verhalten des Minderjährigen nicht sowohl trotz der Fürsorgeerziehung, sondern gerade als deren Folge eingetreten sei und mit ihrer Beendigung wieder verschwinden werde. Denn vom Standpunkte des FürsErzG. sind die darin vorgesehenen Maßnahmen gerade darauf gerichtet, die gefährdete und verwahrloste Jugend zu bessern und in die Bahnen nützlicher Mitglieder der menschlichen Gesellschaft überzuleiten. **f) § 21.** Beihilfe zur Selbstentziehung. **RG.** LeipzZ. **14** 1223. Der Minderjährige entzieht sich so lange der Fürsorgeerziehung, als er durch sein Fernbleiben von dem ihm angewiesenen Aufenthalt und durch sein Sichverborgenhalten die Ausübung der Fürsorgeerziehung durch die berufenen Personen unmöglich macht. Deshalb kann die Entziehung eines Minderjährigen aus der Fürsorgeerziehung durch einen Dritten auch durch Handlungen begangen werden, die bewirken, daß die bereits vorher verwirklichte Entfernung des Minderjährigen aus der Anstalt oder Familie, der er überwiesen ist, fortbesteht (**RG.** [Strafs.] **37** 416, KGJ. **23** C 67). Auch ein Behilflichsein zum Sich-Entziehen kann so lange stattfinden, als der Minderjährige das Sich-Entziehen selbst fortdauernd betätigt. Zu dem gleichen Ergebnisse gelangt man, wenn man die Grundsätze des StGB. von der Beihilfe zu einer strafbaren Handlung (§ 49) auf das im § 21 FürsErzG. aufgestellte Tatbestandsmerkmal des „Behilflichseins" entsprechend anwendet, denn eine Beihilfe im Sinne des § 49 kann auch nach der juristischen Vollendung der Straftat so lange begangen werden, als die Straftat nicht beendigt ist (OLG. **1** 589, **RG.** [Strafs.] **23** 292). — Zum Wesen des vorsätzlichen Behilflichseins gehört, daß dadurch (z. B. durch Gewährung von Essen, Kleidung oder Obdach) der rechtswidrige Zustand des Sich-Entziehens tatsächlich befördert wird und daß der Täter sich dessen bewußt ist und diesen Erfolg in seinen Willen aufgenommen hat. Eine solche Beförderung liegt nicht ohne weiteres in der Aufnahme in die Wohnung, sofern nicht festgestellt ist, daß dadurch die zuständige Behörde in ihren Maßnahmen behufs Wiederzurückführung des Minderjährigen behindert oder die Durchführung dieser Maßregel ihr erschwert ist. Auch eine Rechtspflicht der Mutter, der Behörde von dem Aufenthalte des Kindes in ihrer Wohnung Anzeige zu machen, also sie durch positive Mithilfe bei der Ermittlung und Wiederergreifung zu unterstützen, besteht nicht (**RG.** [Strafs.] **46** 25, GoltdA. **60** 83). **g) § 21.** Verhältnis zu § 120 StGB. **RG.** LeipzZ. **14** 1023, R. **14** Nr. 1635. Wenn mit der Fürsorgeerziehung auch die Festhaltung des Minderjährigen in einer bestimmten Umgebung verbunden ist, so findet diese Maßregel doch ihren Grund lediglich darin, daß die Erziehung des Beteiligten gefördert werden soll. Eine derartige Einwirkung auf den Minderjährigen zielt nicht auf die Beschützung der Staatshoheit gegen unmittelbare Angriffe ab und stellt deshalb keine Maßregel des staatlichen Haftrechts dar, auch wenn sie durch den Staat selbst getroffen wird und die Festhaltung des Minderjährigen in einer Erziehungsanstalt zur Folge hat. Der Fürsorgezögling

als solcher ist kein Gefangener und die Fürsorgeerziehungsanstalt als solche keine Gefangenanstalt (**RG.** [Straff.] **37** 367, **15** 40). Daher kann er sich in ihr keiner Meuterei (§ 122 StGB.) schuldig machen. Nur wenn es sich um die Verwirklichung eines staatlichen Haftrechts handelt — und hierauf bezieht sich der Vorbehalt des § 21 FürsErzG. zugunsten des § 120 StGB. —, z. B. aus Anlaß der Überführung des Minderjährigen in die Fürsorgeerziehung (**RG.** [Straff.] **37** 366), kann auch ein Fürsorgezögling zum „Gefangenen" werden. **h) § 21.** Verhältnis zu § 235 StGB. **RG.** (Straff.) **47** 52. § 235 StGB. will nicht jede Entziehung eines Kindes aus irgendeinem bestehenden Gewaltverhältnis in seinen Bereich ziehen, sondern seinen Anwendungskreis auf die Verletzung bestimmter abgegrenzter Gewaltverhältnisse, nämlich der Rechte der Eltern, des Vormundes, des Pflegers beschränken. Durch diesen Rahmen wird die von ihm geregelte „Materie" begrenzt. Demgegenüber bleibt es der Landesgesetzgebung unverwehrt, wie es im § 21 PrFürsErzG., § 15 BraunschwFürsErzG. geschehen ist, ein anderes von ihr geschaffenes Gewaltverhältnis daneben zu stellen und der Entziehung des Kindes aus diesem strafrechtliche Wirkung unter anderen von § 235 StGB. abweichenden Voraussetzungen, nämlich auch dann beizulegen, wenn die Entziehung nicht durch List, Drohung und Gewalt erfolgt. § 2 EGStGB. steht hiernach der Rechtsgültigkeit der landesgesetzlichen Vorschriften nicht entgegen. **i) § 21.** Zur Auslegung des § 235 StGB. **α. RG.** (Straff.) LeipzZ. **14** 1387. Bildet der Schutz des auf familienrechtlicher Grundlage beruhenden Erziehungsrechts den Zweck der Strafbestimmung des § 235 StGB., so müssen unter „Eltern" auch diejenigen als Erziehungsleiter berufenen Personen gelten, denen durch eine vormundschaftsgerichtliche Anordnung gemäß § 1666 BGB. unter Ausschaltung der auf § 1631 BGB. beruhenden Rechte die Erziehung im Zwangserziehungsverfahren übertragen ist. Soweit **RG.** (Straff.) **40** 39 Bedenken gegen die Annahme erhoben hat, daß ein derartiges auf familienrechtlicher Grundlage beruhendes Pflegeelternverhältnis als ein solches von Eltern zu Kindern aufgefaßt werden könnte, ist dem nicht beizutreten, sondern gerade daraus, daß der Zusatz „leibliche" zu dem Worte „Eltern" im Gesetze fehlt, zu entnehmen, daß hier wie z. B. im § 181 StGB. (**RG.** [Straff.] **37** 1, **46** 150) unter „Eltern" auch die Pflegeeltern, namentlich die mit der Fürsorgeerziehung betrauten zu verstehen sind. **β. RG.** (Straff.) R. **15** Nr. 382. Steht nach dem maßgebenden ausländischen Rechte beiden Elternteilen gemeinschaftlich die Gewalt über das Kind auch während des Getrenntlebens zu, oder nimmt die Mutter rechtsirrig an, dies sei der Fall, so ist sie doch nach § 235 StGB. strafbar, wenn sie durch Entfernung des Kindes sich die ausschließliche Gewalt über dieses verschafft. Sind die Gewaltverhältnisse durch einstweilige Verfügungen deutscher Gerichte vorläufig geregelt, so sind diese maßgebend.

II. Bayern.

Literatur: Pfister, Zum bayerischen Zwangserziehungsrechte. Erfahrungen und Vorschläge, FürsZBl. **6** 25. — Rupprecht, Zehn Jahre Zwangserziehung in Bayern, FürsZBl. **6** 98 u. DStrafrZ. **14** 603. — Derselbe, Zwangserziehung und gemeindliche Jugendfürsorge in Bayern. FürsZBl. **6** 116. — Derselbe, Die Änderung des bayerischen Zwangserziehungsrechts, FürsZBl. **6** 128.

1. Voraussetzung der Zwangserziehung. **a)** BayObLG. **14** 484. Unter Umständen kann die Zwangserziehung auch angeordnet werden, wenn das Kind oder seine unterhaltspflichtigen Verwandten Vermögen besitzen, aus dem die Kosten der Erziehung des Kindes bestritten werden können. **b)** BayObLG. **14** 636, OLG. **30** 90 (BayObLG.). Die Anordnung der Zwangserziehung ist gegenüber einem Minderjährigen ausgeschlossen, der in solchem Grade schwachsinnig ist, daß von einer erzieherischen Einwirkung auf ihn nicht gesprochen

werden kann. c) α. R. 14 434 (BayObLG.). Daß die außer dem Zwangszöglinge noch vorhandenen zahlreichen Kinder sich einwandfrei führen, ist kein Grund, von der Zwangserziehung gegen das eine mißratene Kind abzusehen. — Dasselbe gilt β. R. 14 306 (BayObLG.). von straffreier Führung der Beteiligten seit Einleitung des Verfahrens, wenn eine nachhaltige Besserung nicht zu erwarten ist.

2. Beschwerderecht. a) R. 14 403 (BayObLG.). Das Beschwerderecht steht den Eltern und dem gesetzlichen Vertreter auch gegen die Entscheidung zweiter Instanz zu, ohne Rücksicht darauf, ob der Ausspruch des Vormundschaftsgerichts bestätigt oder aufgehoben ist. b) BayRpflZ. 14 172, R. 14 306 (BayObLG.). Eine die Zwangserziehung anordnende Verfügung kann nur von den im Art. 4 ZwErzG. bezeichneten Personen und nur mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. Den Großeltern steht ein Beschwerderecht nicht zu; ebensowenig den Kreisfiskalaten. c) BayObLG. 14 480. Der Armenpflege steht gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts, durch den die von dem Vormundschaftsgericht angeordnete Zwangserziehung oder vorläufige Unterbringung eines Minderjährigen aufgehoben wird, nicht die weitere Beschwerde zu, denn hier handelt es sich um eine sofortige Beschwerde, die nach § 57 Abs. 2 FGG. in Verb. mit Artt. 4, 12 ZwErzG. nur den dort Genannten zusteht. d) BayObLG. 15 384, FürsZBl. 6 220, OLG. 29 299 (BayObLG.), desgl. hinsichtlich des Beschwerderechts der Hauptstelle für Jugendfürsorge.

3. Zu einzelnen Bestimmungen des Zwangserziehungsgesetzes. a) **Art. 1.** Ziff. 1. Anwendung bejaht: α. R. 14 306 (BayObLG.). Die Zwangserziehung kann trotz straffreier Führung des Vaters deshalb angeordnet werden, weil die Erziehung tatsächlich der trunksüchtigen und vielfach bestraften Mutter überlassen bliebe. Verneint: β. BayObLG. 15 166, R. 14 402 (BayObLG.). Bloßes Verborgenhalten des Sohnes durch den Vater und dessen angebliche Unfähigkeit zu einer ordentlichen Erziehung vermögen die Anordnung der Zwangserziehung nach Art. 1 Ziff. 1 nicht zu begründen. Dazu müßte eine Pflichtwidrigkeit festgestellt werden. γ. BayObLG. 15 169 Anm., R. 14 402 (BayObLG.). Schlechter Ernährungszustand des Kindes bildet keinen Grund zur Zwangserziehung, solange nicht ein Verschulden der Eltern feststellbar ist, vielmehr als Ursache nur große Not in Betracht kommt. δ. R. 14 402 (BayObLG.). Kleine Entwendungen eines geistig zurückgebliebenen, in großer Armut aufgewachsenen Knaben beweisen noch nicht einen eingewurzelten Hang zur Begehung von Straftaten, besonders wenn die Gelegenheit außergewöhnlich leicht und verlockend war. b) **Art. 1.** Ziff. 3. BayObLG. 15 78, R. 14 210 (BayObLG.). Art. 1 Ziff. 3 ZwErzG. setzt kein Verschulden des Erziehungsberechtigten voraus. (Ebenso OLG. 30 89.) Die Anordnung der Zwangserziehung wird nicht dadurch gehindert, daß der Minderjährige, um ihr zu entgehen, sich eines gewissen Wohlverhaltens zu befleißigen beginnt, sofern nachhaltige Besserung nicht zu erwarten ist. c) **Art. 4** Abs. 2. α. BayObLG. 15 193, BayRpflZ. 14 254, R. 14 402 (BayObLG.). Die Anordnung vorläufiger Maßregeln nach Art. 4 Abs. 2 ZwErzG. setzt allerdings nicht eine endgültige Feststellung der Tatsachen voraus, von deren Vorliegen die Zwangserziehung abhängt. Es genügt vielmehr, ist aber auch erforderlich, daß die Erhebungen hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben haben, daß die Voraussetzungen zu einem Einschreiten nach Art. 1 ZwErzG. gegeben sind und daß Gefahr auf Verzug besteht. β. R. 14 402 (BayObLG.). Gefahr auf Verzug liegt nicht vor, wenn der Vater sich um die Kinder nicht kümmert, aber gegen die Ablehnung der Zwangserziehung deshalb Beschwerde einlegt, weil die seit Jahren für die Kinder allein sorgende Mutter seit Jahren mit einem Manne in Geschlechtsverkehr zusammenwohne. d) **Art. 6.** α. Die Entsch.

des BayObLG. — JDR. **12** Ziff. B II 3 f α zu § 1666 BGB. — auch BayObLG. **14** 532. β. R. **14** 210 (BayObLG.). Die Aufhebung der Zwangserziehung ist nicht schon deshalb geboten, weil die früher getrennt lebenden Eltern sich wieder versöhnt haben und zusammengezogen sind, sofern die sonstigen Voraussetzungen der Zwangserziehung fortdauern. γ. R. **14** 674 (BayObLG.). Daß die Eltern der Zwangserziehung nur auf ein Jahr zugestimmt haben, ist für deren Fortdauer belanglos, denn sie kann auch gegen den Willen der Eltern angeordnet werden. e) **Art. 8.** α. R. **14** 370 (BayVHG.). Die Verpflichtung der Heimatgemeinde zur vorläufigen Bestreitung der Kosten der Zwangserziehung gemäß Art. 8 ZwErzG. wird dadurch nicht geändert, daß die Heimatgemeinde mit der Art der Unterbringung des Zöglinges nicht einverstanden war. Die Unterbringung in Lehrstellen gehört zu den Aufgaben der Zwangserziehung. β. BayRpflZ. **14** 196 (BayObLG.). Zu den Kosten der Zwangserziehung im Sinne des Art. 8 ZwErzG. gehören nur solche, die für den eigentlichen Zweck der Zwangserziehung entstanden sind. Dazu gehören nicht solche, die während der tatsächlichen Unterbrechung der Erziehung außerhalb der Familie oder Anstalt erwachsen sind und in das Gebiet der Armenpflege fallen. f) **Art. 12.** R. **14** 178 (BayObLG.). Eine Zwangserziehungssache kann aus Zweckmäßigkeitsgründen nach Maßgabe des § 46 FGG. an ein anderes Gericht abgegeben werden.

III. Württemberg.

WürttZ. **14** 304 (Stuttgart). Die Unterlassung der Eltern, ihre Kinder zum regelmäßigen Schulbesuch anzuhalten, kann einen ausreichenden Grund zur Anordnung der Fürsorgeerziehung der Kinder abgeben, wenn weniger strenge Maßregeln, insbesondere solche aus § 1666 BGB. keine Aussicht auf Erfolg versprechen und die Schulversäumnisse die sittliche und intellektuelle Bildung der Kinder ungünstig beeinflußt haben.

IV. Sachsen.

Literatur und Verordnungen: Brückler, Die Fürsorgeerziehung im Königreiche Sachsen, FürsZBl. **6** 75. — JM. vom 9. April 1914 (JMBl. 19), SonderVO., die Berichterstattung wegen Bewilligung von Strafverfolgungs- oder Strafvollstreckungsaufschub für beurlaubte Fürsorgezöglinge betreffend.

1. FischersZ. **43** 350 (Min. d. Inn. vom 14. März 1914). Es widerspricht dem Geiste des FürsErzG. vom 1. Februar 1909, wenn ehemaligen Fürsorgezöglingen der freiwillige Eintritt in das Heer lediglich wegen ihrer Fürsorgeerziehung versagt wird, denn die Überweisung zur Fürsorgeerziehung soll keine Strafe, sondern ein Erziehungsakt sein.

2. OLG. **30** 88 (Dresden). Die Fürsorgeerziehung nach § 1 Ziff. 2 FürsErzG. kann auch bei einer nur kurze Zeit hervortretenden sittlichen Verderbnis geboten sein.

3. SächsOLG. **35** 74. Im Falle des § 28 FürsErzG. ist hinsichtlich der Beschwerde nichts besonderes vorgeschrieben. Es greifen daher die für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit im allgemeinen geltenden Vorschriften, insbesondere die des § 20 FGG. Platz. Ein Beschwerderecht steht hiernach nur den Kommunalverbänden (§ 7), nicht den Fürsorgeverbänden (§ 9 FürsErzG.) zu.

V. Baden.

Bek. vom 22. April 1913 (GVBl. 439), betr. die Beistandsleistung in Fürsorge- (Zwangserziehungs-) Angelegenheiten.

VI. Sachsen-Weimar.

MinVO. vom 13. Juni 1913 (RegBl. 105) über die Beistandsleistung in Zwangserziehungsangelegenheiten (enthält die vom BR. am 7. November 1912 vereinbarten Grundsätze).

VII. Elsaß-Lothringen.

Die Entsch. des OLG. Colmar — JDR. **12** Ziff. B VII 2 a zu § 1666 — (Bestimmung des zuständigen Gerichts) auch ElsLothJZ. **14** 36.

§ 1667. 1. R. **14** Nr. 2683, 2684. Zur Feststellung der Gefährdung des Kindesvermögens bedarf es in zweifelhaften Fällen der Ermittlung des Vermögens- und Schuldenstandes. Die Hinterlegung des Kindesvermögens kann nicht ohne die Feststellung, daß andernfalls die Vermögensstücke gefährdet wären, angeordnet werden.

2. WürttZ. **14** 44 (AG. Stuttgart) hält das Vormundschaftsgericht auf Grund des § 12 FGG. für befugt, von dem elterlichen Gewalthaber Auskunft und unter Umständen den Nachweis über die diesem obliegende mündelsichere Anlegung des Kindesvermögens zu erlangen, um festzustellen, ob nach § 1667 nichts vorzukehren sei. Eine Aufsicht im Sinne des § 1837 wird dadurch nicht ausgeübt.

§ 1669. Denecke, ZBlFG. **15** 181 (Zur Auseinandersetzung nach §§ 1314, 1669 BGB.). Neben der in einem Auseinandersetzungsvertrag enthaltenen dinglichen Einigung bedarf es nicht noch einer besonderen Regelung der Besitzverhältnisse, diese ist vielmehr bereits in der dinglichen Einigung, soweit sie überhaupt erforderlich ist, enthalten. Denn durch die Erklärung, daß der betreffende Gegenstand in das Eigentum eines der Kinder übergehen soll, erklärt der überlebende Ehegatte auch, daß er den Eigenbesitz an der Sache aufgebe, den Besitz künftighin nur noch kraft der elterlichen Gewalt haben wolle, und erklären die Pfleger der übrigen Kinder, daß sie den mittelbaren Besitz ihrer Pflegebefohlenen aufgeben, wäηrend bei der Übereignung einer Sache an den überlebenden Ehegatten die Pfleger der Kinder durch die dingliche Einigungserklärung zugleich deren mittelbaren Besitz sämtlich aufgeben.

§ 1671. 1. R. **14** Nr. 72 (BayObLG.). War der Mutter das Personensorgerecht entzogen, so muß es ihr nicht schon deswegen entzogen bleiben, weil sie sich nochmals wiederverheiratet hat, ist ihr vielmehr zurückzugeben, wenn die Voraussetzungen der Entziehung inzwischen weggefallen sind.

2. BayObLG. **14** 552. Die Anordnung der Entziehung der Personensorge kann und muß aufgehoben werden, wenn sich die Verhältnisse derart geändert haben, daß eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes nicht mehr zu besorgen ist.

3. a) BayObLG. **15** 358, BayRpflZ. **14** 306, R. **14** Nr. 2685, 2686 (BayObLG.). Daß die Voraussetzungen des § 1666 in dem Zeitpunkte nicht mehr vorliegen, in dem über die Aufhebung zu entscheiden ist, reicht nicht aus, um die Aufhebung zu rechtfertigen. Wenn die Voraussetzungen des § 1666 später wegfallen, wird freilich in der Regel ohne weiteres angenommen werden dürfen, daß auch der Wegfall der Maßregel nach § 1666 im Interesse des Kindes liegt. **b)** Dagegen R. **15** Nr. 336 (KG.). Anordnungen aus § 1666 — als Regelung eines gewissen Zustandes — gelten immer nur bis auf weiteres, können also nicht mehr bei Bestand bleiben, wenn der einer wiederholten Erörterung unterbreitete Zustand, wie er dem Richter vor die Augen tritt, die Anwendung des § 1666 aus besonderen Gründen nicht oder nicht mehr rechtfertigt, selbst wenn sich an den seinerzeit für maßgebend erachteten tatsächlichen Verhältnissen äußerlich nichts geändert haben sollte (vgl. KGJ. **42** A 23, JDR. **11** Ziff. 4 zu § 1635 BGB.). § 1671 setzt als selbstverständlich voraus, daß überhaupt zu einem Einschreiten des Vormundschaftsgerichts, z. B. auf Grund des § 1666 BGB., Veranlassung vorliegt, und nur innerhalb dieses gesetzlich bestimmten Rahmens kommt eine Änderung der getroffenen Anordnung in Frage.

§ 1673. Anhörungspflicht. 1. KGJ. **46** A 38. Das Vormundschaftsgericht soll vor der Entscheidung den Vater selbst dann hören, wenn dieser sich bereits in einem anderen (Scheidungs-, Straf-) Verfahren geäußert hat.

2. R. **15** Nr. 326 (BayObLG.). Treten in der Beschwerdeinstanz erhebliche neue Tatsachen hervor, so ist die wiederholte Anhörung der Beteiligten geboten. Dies entspricht auch der Anforderung des § 12 FGG.

3. BayObLG. **14** 552, R. **14** Nr. 70 (BayObLG.). Dem Erfordernisse des § 1673 ist genügt, wenn der Vater durch Stellung und Begründung seiner Anträge Gelegenheit hatte, seine Rechte geltend zu machen und seine Interessen zu wahren. Es ist ohne besonderen Anlaß nicht erforderlich, ihn vor Abschluß des Verfahrens wiederholt zu hören.

4. Im Falle der Entlassung aus dem Staatsverbande. a) ElsLothJZ. **14** 485, R. **14** Nr. 1853 (Colmar). Die nach § 1847 bei der Entlassung des Mündels aus dem Staatsverbande vorgeschriebene Anhörung ist für den entsprechenden Fall der Entlassung eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes nicht vorgeschrieben. Die Anhörung des Vaters kann hiernach unterbleiben, namentlich wenn die Entlassung aus der Staatsangehörigkeit abgelehnt wird. Der Umstand, daß der Sohn im Ausland eine gute Stellung gefunden hat, begründet noch nicht die Vermutung, daß die Aufgabe der Staatsangehörigkeit seinem Interesse entspricht. Die deutsche Staatsangehörigkeit ist ein so wertvolles Gut, daß ihre Aufgabe nur durch sehr schwerwiegende Gründe gerechtfertigt werden kann. b) Vgl. auch unten zu § 1827.

§ 1675. KGJ. **45** A 34, R. **14** Nr. 463 (KG.). Sind in Preußen (Art. 77 § 1 Abs. 3 PrAGBGB.) durch Beschluß der Gemeindebehörden die dem Gemeindewaisenrat obliegenden Verrichtungen einem Organe der Gemeindeverwaltung (dem städtischen Waisenamt) übertragen, so ist der Vertreter dieses Organs berechtigt, Beschwerde gegen den eine Maßnahme aus § 1666 BGB. ablehnenden Beschluß des Vormundschaftsgerichts im Interesse des Minderjährigen (§ 57 Ziff. 9 FGG.) einzulegen. Der Oberbürgermeister der Stadt Trier ist zur Vertretung des städtischen Waisenamts, das nach § 54 Abs. 2 Rhein-StädteO. vom 15. Mai 1856 (GS. 406) errichtet ist, berechtigt.

§ 1677. RG. (Straff.) SächsRpflA. **14** 402. Fällt die Feststellung, daß der elterliche Gewalthaber an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist, zeitlich zusammen mit der Notwendigkeit, für das Kind einen Vormund zu bestellen (§ 1773), so können beide Rechtsakte zu gleicher Zeit vorgenommen und auch äußerlich in einem Protokolle miteinander vereinigt werden. § 51 FGG. steht dem nicht entgegen.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1694. Vgl. unten Ziff. II zu § 1886 BGB.

§ 1697. Graf, WürttZ. **14** 129. Steht auch im Falle des § 1697 dem Vormunde die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes nicht zu, so ist er doch zur gesetzlichen Vertretung des Kindes in den dessen Person betreffenden Angelegenheiten berechtigt. Insoweit ist es auch zulässig, auf Grund des § 1801 BGB. dem Vormunde diese Vertretung bei der religiösen Erziehung des Kindes zu entziehen.

Fünfter Titel. Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 1699. RheinARB. **32** 71 (LG. Cöln). Das in einer nichtigen Ehe geborene Kind gilt, wenn der Vater bestreitet, bei der Schließung der Ehe deren Nichtigkeit gekannt zu haben, so lange als ehelich, bis nach §§ 640 ff. ZPO. über die Ehelichkeit entschieden ist.

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Vorbemerkung: Die im § 1716 BGB. vorgesehene einstweilige Verfügung hat zwei eingehende Bearbeitungen (von Gimmerthal und Seyfart, Ziff. 1 u. 2 zu § 1716) gefunden. Auch sonst hat das Schrifttum zu einzelnen in diesem Abschnitte behandelten Fragen Stellung genommen. Die Bedeutung der Vaterschaftsanerkennung eines Minderjährigen als einer rechtsgeschäftlichen Erklärung und die Erklärung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung als Erfüllung einer vorausgesetzten Schuldverpflichtung ist vom RG. (Entsch. **84** 317), vgl. Ziff. 3 zu § 1718, eingehend erörtert worden.

Literatur: v. Bonsdorff, Ein finnländischer Gesetzentwurf über die unehelichen Kinder, FürsZBl. **6** 66. — Behrend, Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder in England, ZBlFG. **15** 191.

§ 1706. Über die Namensänderung unehelicher Kinder nach § 1706 Abs. 2 BGB. s. Vf. des KGPräsidenten vom 28. Januar 1914, ZBlFG. **15** 66.

§ 1708. 1. v. Walter, PrVerwBl. **35** 516. Die von dem Vater eines unehelichen Kindes für dieses zu zahlenden Unterhaltsgelder sind bei der Berechnung der Einkommensteuer vom Gesamteinkommen abzuziehen. AM. OVG. 2 108, **15** 201, KGJ. **37** C 11 (KG., Strafs.).

2. a) Schumacher, FürsZBl. **6** 69, hält für die Bemessung der Unterhaltsrente des Kindes die für den Aufenthaltsort des Kindes maßgeblichen Säße für entscheidend, sofern dieser Ort der Lebensstellung der Mutter entspricht. b) Dagegen Salge, FürsZBl. **6** 180. Maßgebend ist der Wohnsitz der Mutter zur Zeit der Klagerhebung. Die Alimentensätze am Wohnsitze der Mutter bilden die Höchstgrenze. Bringt die Mutter das Kind an einem anderen teureren Orte unter, so sind nur die am Wohnsitze der Mutter herrschenden Alimentensätze maßgebend. Bringt sie das Kind an einem billigeren Orte unter, so ist die Unterhaltsrente zu bemessen nach dem Alimentensatze, der am Orte des Aufenthalts des Kindes der Lebensstellung der Mutter entspricht.

§ 1709. BayRpflZ. **14** 347, SeuffA. **69** 382, OLG. **29** 237 (München). Ist die Unterhaltsforderung durch Vererbung auf einen Dritten übergegangen, so entbehrt sie der Begünstigung des § 4 a LohnBG.

§ 1712. SeuffA. **69** 234 (München). Das Abfindungsrecht (§ 1712 Abs. 2) kann auch geltend gemacht werden, wenn der Nachlaß überschuldet ist und einen Pflichtteilsbetrag für das abgefundene Kind nicht ergibt. Der Abfindung steht der Umstand nicht entgegen, daß zwischen dem Kinde und dessen Vater Vereinbarungen getroffen worden sind, durch welche die dem Vater obliegenden Unterhaltsleistungen ziffermäßig festgestellt und zeitlich begrenzt worden sind. Nur für den Fall, daß durch Vertrag an Stelle des Unterhaltsanspruchs dem Kinde etwas anderes, z. B. eine Abfindungssumme, gewährt wird, entfällt das Abfindungsrecht des Erben. Die Abfindungserklärung wird mit dem Zeitpunkte wirksam, in dem die Erben die Erklärung abgegeben haben (aM. RGRKomm. Anm. 2 zu § 1712, wonach die Verpflichtung zur Zahlung der Unterhaltsrente erst durch die wirkliche Abfindung erlischt). Ist über den Nachlaß des Vaters eine Nachlaßverwaltung angeordnet, so wird das Abfindungsrecht durch den Nachlaßverwalter wahrgenommen (§ 1984 BGB.).

§ 1714. 1. NaumburgAK. **14** 28 (Dresden). Hat sich der Vater eines unehelichen Kindes vor dem AG. zur Zahlung einer Unterhaltsrente für das Kind verpflichtet und sich wegen der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde unterworfen (§ 794 Ziff. 5 ZPO.), so darf die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht von dem Nachweis abhängig gemacht werden, daß das Abkommen über den Unterhalt vormundschaftsgerichtlich genehmigt ist. Es muß dem Schuldner

überlassen bleiben, die aus dem Mangel der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung herzuleitenden Einwendungen im Wege der Vollstreckungsgegenklage (§§ 797 Abs. 4, 767 ZPO.) geltend zu machen.

2. PosMSchr. **14** 158 (KG.). Der Vater des unehelichen Kindes ist nicht beschwerdeberechtigt, wenn das Vormundschaftsgericht es ablehnt, den zwischen ihm und dem Kinde geschlossenen Abfindungsvertrag zu genehmigen, sofern er mit der Beschwerde lediglich sein eigenes Interesse und nicht das des Kindes (§ 57 Ziff. 9 FGG.) verfolgt.

§ 1715. Rosenstock, PrVerwBl. **35** 721, rechnet, im Gegensatze zu Sächs. RpflA. **07** 39, IDR. **6** zu § 1715, den infolge der Schwangerschaft und der Entbindung entgehenden Verdienst nicht zu den „Aufwendungen" im Sinne des § 1715.

§§ 1715, 1716. **a)** FürsZBl. **6** 88 (LG. Frankfurt a. M.). Der Ersatzanspruch aus § 1715 setzt die Geburt eines Kindes voraus. Erst mit dem Zeitpunkte der Geburt entsteht der Anspruch, da nicht feststeht, ob überhaupt ein Kind geboren werden wird. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch aus § 1716, der bestimmt, daß schon vor der Geburt — also ausnahmsweise — eine einstweilige Verfügung dahin zulässig ist, den Erzeuger zur Hinterlegung vor der Geburt und Zahlung nach der Geburt anzuhalten. Eine Trennung der im § 1715 bestimmten Ansprüche in der Weise, daß die Mutter die durch die Schwangerschaft entstehenden Kosten schon vor der Geburt gezahlt erhalten könnte, ist im Gesetze nicht begründet. **b)** Dagegen Sorgenfrey aaO. § 1716 betrifft nicht die Schwangerschaftsaufwendungen, die ihrer Natur nach vor der Geburt entstehen und demnach auch unabhängig von ihr geltend gemacht werden können. Daraus, daß die Empfängniszeit sich nach dem Tage der Geburt richtet (§ 1717 Abs. 2), sind Bedenken nicht herzuleiten.

§ 1716. 1. Gimmerthal, AZivPr. **111** 271, behandelt die einstweilige Verfügung des § 1716, auf die nicht alle Bestimmungen der ZPO. über einstweilige Verfügungen Anwendung finden könnten. Hervorzuheben sind folgende Ausführungen: Während § 1912 BGB. den Pfleger auf die Wahrung von Rechten, soweit ein Bedürfnis besteht, beschränkt, läßt unabhängig hiervon § 1716 den Anspruch des nasciturus auf Unterhalt für die ersten drei Monate nach der Geburt zur Entstehung und Durchführung gelangen. Der Anspruch aus § 1716 ist aber im Gesetz als ein solcher der Mutter gestaltet, wenn auch auf die Geltendmachung der Ansprüche des Kindes gerichtet. Da es sich dabei immerhin um einen Akt der Fürsorge für das Kind handelt, kann die einstweilige Verfügung auch aus Gründen erlassen werden, die gegen die Mutter sprechen. Die Anordnung, daß die erste Unterhaltsrate alsbald nach der Geburt des Kindes zu zahlen sei, ist eine echte einstweilige Verfügung, dagegen hat die Anordnung der Hinterlegung des erforderlichen Betrags endgültigen Charakter. Die Hinterlegung ist nicht Erfüllung im Sinne der §§ 372 ff., sondern Sicherheitsleistung. Nach der Hinterlegung erwirbt gemäß § 233 BGB. die Leibesfrucht ein Pfandrecht an der auf Rückerstattung gerichteten Forderung. Regelmäßig wird die Anordnung auf Zahlung an die Mutter oder an den Vormund zu richten sein. Als „angemessene" Zeit vor der Geburt des Kindes werden die ersten Monate der Schwangerschaft nicht in Betracht kommen. Das auf Grund der einstweiligen Verfügung gepfändete Geld ist wie im Arrestverfahren zu hinterlegen (§ 930 Abs. 2 ZPO.). Wird eine Forderung gepfändet, so ist anzuordnen, daß der Drittschuldner den Schuldbetrag zu hinterlegen habe. Eine Zahlungsanordnung ohne Hinterlegungsanordnung ist unzulässig. Über den hinterlegten Betrag kann bis zur Geburt des Kindes nicht verfügt werden (§§ 1274, 400 BGB., § 850 Ziff. 2 ZPO.), die Verfügung müßte denn auf einem zwischen der Mutter und dem Vater des Kindes geschlossenen Vertrage beruhen. Nach der Geburt des Kindes können sowohl der Vater, als auch die Mutter und der Vormund die Zahlung verlangen. Ist die Mutter neben dem Vormund als empfangsberechtigt erklärt, so gebührt der hinterlegte Betrag dem,

der ihn zuerst einzieht. Bis der zuerst Fordernde den Betrag eingezogen hat, kann der Vater gemäß § 428 BGB. die Zahlung an den anderen Berechtigten anordnen. Die Geltendmachung der Rechte aus der einstweiligen Verfügung erlischt mit dem Tode des Kindes oder mit dem Ablaufe von drei Monaten seit der Geburt des Kindes In diesem Falle ist — wie in der einstweiligen Verfügung zweckmäßig zum Ausdrucke zu bringen — der hinterlegte Betrag an den Hinterleger zurückzuzahlen. Die §§ 938, 939 ZPO sind auf die einstweilige Verfügung des § 1716 nicht anwendbar, ebensowenig die §§ 921 925, 929 Abs 2 in Verbindung mit § 936 ZPO.

2. *Seyfart, ThürBl. 14 1 ff. Für die Geltendmachung der Rechte aus § 1716 ist nur die Mutter des erwarteten Kindes berufen. Dritte Personen (Pfleger des nasciturus, Krankenkassen, unterstützungspflichtige Heimat- oder Aufenthaltsgemeinden, Ortsarmen- und Landarmenverbände, Armenanstalten usw.) sind nicht legitimiert. Der Antrag ist vor der Geburt des Kindes zu stellen. Im übrigen kommt es nicht darauf an, ob die Entbindung der Antragstellerin vor oder nach Erlaß der einstweiligen Verfügung erfolgt. Die auf Grund des § 1716 verfügte Hinterlegung ist eine Hinterlegung eigener Art; die Anwendung der §§ 233, 235, insbesondere auch der §§ 372 ff. BGB. ist abzulehnen. Eine Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung ist nicht zugelassen; § 939 ZPO. ist unanwendbar. Nach der Entbindung kann ein Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung im Sinne des § 1716 nicht mehr gestellt werden. Die Mutter kann den Anspruch des Kindes nach dessen Geburt im eigenen Namen auch mit der einstweiligen Verfügung der §§ 935 ff. ZPO. nicht geltend machen. Hierzu ist nur der gesetzliche Vertreter des Kindes legitimiert. Den persönlichen Anspruch auf Erstattung der Entbindungs- und Sechswochenkosten kann die Mutter nach der Geburt nicht gemäß §§ 935 ff. ZPO. durchsetzen. Künftige Unterhaltsansprüche im Sinne des § 1716 sind einer Sicherung durch einen Arrest im Sinne der §§ 916 ff. ZPO. nicht fähig. — Geltendmachung im Konkurse. Die Erörterung der Ansprüche des Kindes aus § 1716 scheidet aus, weil die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des nasciturus begrifflich ausgeschlossen ist. Durch die Konkurseröffnung über das Vermögen der Mutter werden die Rechte des Kindes im übrigen nicht berührt. Die Mutter bleibt zum Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung legitimiert (§ 850 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO., § 1 Abs. 1 KO.). Die Entbindungs- und Sechswochenkosten der Mutter gehören zu deren Konkursmasse. Der Antrag auf Hinterlegung dieser Kosten ist deshalb vom Konkursverwalter zu stellen. Für die Geltendmachung der Ansprüche im Konkurse des Unterhaltsverpflichteten kommt § 3 Abs. 2 KO. zur Anwendung.

§ 1717. 1. Schefold, Über das Rechtsverhältnis der unehelichen Vaterschaft, WürttZ. **14** 161. Die uneheliche Vaterschaft ist ein Rechtsverhältnis, aber immer ein anderes, je nach dem Rechtsgebiet, auf dem und für welches seine Feststellung erfolgt; es gibt nicht ein einheitliches Rechtsverhältnis der unehelichen Vaterschaft, nicht ein solches schlechthin. Als Rechtsverhältnis ist die uneheliche Vaterschaft Gegenstand der Feststellung im Sinne der §§ 256, 280 ZPO. Die Feststellung schafft Rechtskraft nur auf dem Rechtsgebiet, für welches sie getroffen ist. — § 1717 enthält nicht nur eine Beweisregelung, sondern auch eine Bestimmung des materiellen Rechtes. Nur wer in der kritischen Zeit der Mutter beigewohnt hat, kann mit Erfolg verklagt werden. Gegen ihn gilt aber die Vermutung der Vaterschaft; die verlängerte Empfängniszeit des § 1592 BGB. kommt nicht in Betracht.

2. ElsLothJZ. **14** 497, R. **14** Nr. 460 (Colmar). Ob die Vereinbarung eines Schweigegeldes zwischen der Mutter und dem Vater des unehelichen Kindes gegen die guten Sitten verstößt, ist nach Lage des einzelnen Falles zu beurteilen. Besteht für denjenigen, der die Schweigepflicht vertraglich übernommen hat, eine gesetzliche oder moralische Verpflichtung zur Kundgebung der Tatsache, sei es auch nur deshalb, weil durch das Schweigen Interessen dritter

Personen verletzt werden, deren Wahrung dem Vertragschließenden obliegt (z. B. Interessen des unehelichen Kindes), dann ist der Schweigevertrag sittenwidrig, im übrigen ist er regelmäßig als gültig anzusehen (**RG. 33** 337). Die Mutter hat weder gegenüber dem Kinde, noch gegenüber dem Vormundschaftsgerichte die Rechtspflicht, den Namen des Vaters zu offenbaren, es müßten denn dem Kinde durch die Verschweigung des Namens des Vaters die Mittel zu seinem Unterhalte vorenthalten bleiben.

§ 1718. 1. a) Römer, WürttRpflZ. **14** 60, hält es für unzulässig, daß der gesetzliche Vertreter namens des Minderjährigen dessen Vaterschaft anerkennt. **b)** AM. Hermann, WürttRpflZ. **14** 199, unter Mitteilung einer amtsgerichtlichen Entscheidung, die den Standesbeamten nach § 11 Abs. 3 PStG. anweist, die von dem gesetzlichen Vertreter erklärte Anerkennung der Vaterschaft im Standesregister einzutragen.

2. KGJ. **46** A 51 (KG.). Die Anerkennung der Vaterschaft (§ 1718) ist keine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, das überhaupt nicht einem anderen gegenüber erklärt zu werden braucht. Es bedarf nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Wohl aber bedarf das vertragliche Schuldversprechen des minderjährigen Erzeugers, eine wiederkehrende Unterhaltsrente zu zahlen, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1822 Ziff. 5 BGB.).

3. **RG. 84** 317, JW. **14** 774, LeipzZ. **14** 1537, PosMSchr. **14** 41, R. **14** Nr. 1434. Das Vaterschaftsanerkenntnis nach § 1718 wird mit den gesetzlich daran geknüpften Folgen wirksam, ohne daß die Erklärung einem anderen gegenüber abgegeben zu werden braucht und ohne daß sie einer Annahme bedarf. Ihr über die Bedeutung eines rein tatsächlichen Zugeständnisses hinausgehender rechtsgeschäftlicher Inhalt bringt es mit sich, daß sie als einseitiges Rechtsgeschäft zu beurteilen (**RG. 58** 353, JDR. **3** Ziff. 2 zu § 1718) und darum, von einem Minderjährigen ohne vorherige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgegeben, als solches nichtig ist (§§ 183, 111 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Dasselbe gilt von der Erklärung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§ 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO.), die weder von dem Gläubiger angenommen noch auch nur ihm gegenüber abgegeben zu werden braucht. Sie ist auch nicht selbst ein Schuldversprechen, sondern setzt ein solches trotz der gleichzeitigen Verlautbarung nur voraus und stellt für sich eine die Vertragsabmachungen insoweit schon ausführende Erfüllung dar.

4. **RG.** LeipzZ. **14** 1666, GruchotsBeitr. **58** 888, WarnE. **14** 293, R. **14** Nr. 1528. Zur Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft wegen arglistiger Täuschung genügt nicht schon die Tatsache, daß die Mutter den mit anderen gepflogenen geschlechtlichen Verkehr ausdrücklich geleugnet hat. (Ebenso **RG. 58** 348, JDR. **3** Ziff. 2 zu § 1718.)

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1719. R. **14** Nr. 493 (Stuttgart). Die Legitimation eines unehelichen Kindes durch nachfolgende Eheschließung der Eltern wirkt erst von der Eheschließung an, nicht rückwärts von der Geburt des Kindes.

Achter Titel. Annahme an Kindesstatt.

Vorbemerkung: Drei grundsätzliche Entsch. des KG. sind zu diesem Titel hervorzuheben: Nach KGJ. **45** A 8 (zu § 1750) können beim Abschlusse des Annahmevertrags die Beteiligten weder im Willen noch bei Abgabe der Willenserklärung vertreten werden. Nach KGJ. **45** A 83 (zu § 1758) ist der „Mädchenname“ einer verheirateten Frau, die vor

ihrer Verheiratung an Kindes Statt angenommen worden ist, der Name, den sie durch Annahme an Kindes Statt erlangt hat. In KGJ. **46** A 65 endlich ist in Übereinstimmung mit v. Blume, ZBlFG. **14** 137 und Löning, PosMSchr. **14** 81 (zu § 1766) ausgesprochen, daß der Vater eines unehelichen Kindes nicht zu dessen leiblichen Verwandten gehört, deren Unterhaltspflicht hinter die der Adoptiveltern zurücktritt.

§ 1741. BayRpflZ. **14** 409, R. **15** Nr. 208 (BayObLG.). Wer außer einem Enkel keine ehelichen Abkömmlinge hat, kann den Enkel an Kindes Statt annehmen. Dafür kann ein Bedürfnis bestehen, damit z. B. die Enkelin der Großmutter nicht späterhin von dem Vater nach dessen Belieben entzogen wird. Der Großvater darf nach der herrschenden Ansicht seinen unehelichen Enkel (das uneheliche Kind seiner verstorbenen ehelichen Tochter) an Kindes Statt annehmen. Es würde an jeder inneren Begründung fehlen, wenn er seinen einzigen ehelichen Enkel (das eheliche Kind seines verstorbenen ehelichen Kindes) nicht sollte an Kindes Statt annehmen dürfen.

§ 1750. KGJ. **45** A 8, RJA. **13** 172 (KG.). Beim Abschlusse des Vertrags über Annahme an Kindes Statt können die Beteiligten weder im Willen noch bei der Abgabe der Willenserklärung vertreten werden. AM. Staudinger (7/8) Anm. 3 zu § 1750.

§ 1757. Bergk, Familienrechtliche Streitfragen (Berlin 1914), spricht der Mutter eines unehelichen Kindes die Möglichkeit ab, dieses Kind an Kindes Statt anzunehmen, hauptsächlich auf Grund der Erwägung, daß nach § 1705 BGB. das uneheliche Kind im Verhältnisse zu ihr und ihren Verwandten die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes habe, hiernach aber es als ausgeschlossen gelten müsse, daß eine Person, die zu einer anderen bereits die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes ex lege habe, diese nochmals ex contractu (§ 1757 Abs. 1 BGB.) erwerben könne. Mit der gegenteiligen Ansicht sei auch die Vorschrift des § 1757 Abs. 2 BGB. nicht in Einklang zu bringen, da sie voraussetze, daß ein uneheliches Kind im Verhältnisse zu seiner Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes habe, und zwar in einem die Adoption ausschließenden Sinne.

§ 1758. KGJ. **45** A 83 (KG.). Im Standesregister ist als Mädchenname einer vor ihrer Verheiratung an Kindes Statt angenommenen Frau (unter Voranstellung des Wortes „geborene") der Name einzutragen, den sie durch die Annahme erlangt hat, nicht der Name, den sie vor der Annahme geführt hat. Durch das Wort „geborene" wird nicht auf den Geburtsnamen, sondern auf den Mädchennamen (im Gegensatze zu dem des Ehemanns) hingewiesen.

§ 1766. a) KGJ. **46** A 65, KGBl. **14** 103 (KG.). Der Vater eines unehelichen Kindes gehört nicht zu dessen „leiblichen Verwandten" im Sinne des § 1766, deren Unterhaltspflicht hinter die der Adoptiveltern zurücktritt (vgl. § 1589 Abs. 2 BGB.). Der Unterhaltsanspruch gegen den Vater ist wesentlich schuldrechtlicher Art und wird nicht dadurch geändert, daß in der familienrechtlichen Stellung des Kindes durch die Kindesannahme eine Änderung eintritt. Ebenso v. Blume Anm. 4 zu § 1766 und ZBlFG. **14** 137, RGRKomm. Anm. 2 zu § 1766, Schmidt, Vormundschaft über uneheliche Kinder (JDR. 1 2 S. 141), KGBl. **10** 93 (LG. I Berlin) und Korn, GruchotsBeitr. **55** 79; aM. Planck (3) Anm. 1, Staudinger (7/8) Anm. 3 zu § 1766, Dernburg, Familienrecht V 347 § 95. b) Ebenso Löning, PosMSchr. **14** 81.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Literatur: 1. Im allgemeinen: Hagemann, Die neuesten Entscheidungen in Vormundschaftssachen. Von Oktober 1912 bis Oktober 1913, FürsZBl. **5** 232. — Horn, Die Prinzipien des französischen Vormundschaftsrechtes, ZBlFG. **15** 50, 507. — Landsberg, Ein Morgen beim Vormundschaftsrichter (Einführung in das lebende

Recht, herausgegeben von Bozi, Heft 11). — Mayr, BayRpflZ. **14** 35, beleuchtet einige bayerische Eigenarten im Vormundschaftswesen, insbesondere die Seltenheit der Bestellung von Gegenvormündern, die Unselbständigkeit der Vormünder gegenüber der Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts und das Bestreben, Abkommen über die Unterhaltspflicht des Vaters eines unehelichen Kindes zu treffen, obwohl der Betrag der vereinbarten Rente oft zu niedrig ist. Empfohlen wird, bei jedem Unterhaltsabkommen den Vorbehalt der Erhöhung der Unterhaltsrente zu machen. — Polligkeit, Landsberg und Baum, Fürsorge für ortsfremde oder nicht seßhafte Jugendliche. (Veröffentlichungen des Vereins für Säuglingsfürsorge im Regierungsbezirke Düsseldorf, Heft 11.) Bericht darüber PrVerwBl. **35** 816.

2. Jugendgericht. Elwert, FürsZBl. **5** 257, 267, Gedanken zum Jugendgerichtsgesetz. — Rupprecht, Handbuch der Jugendfürsorgepraxis in Bayern unter besonderer Berücksichtigung der Jugendgerichtshilfe. München-Gladbach 1914.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Der Berufsvormundschaft, wie sie bisher in Deutschland landesgesetzlich ausgestaltet worden ist, ist der eingehende Aufsatz von Frese, ZBlFG. **14** 741 (Ziff. I 1 zu § 1773) gewidmet. Mit der Rechtsstellung der in Hamburg geschaffenen „Behörde für Jugendfürsorge" befassen sich die Ziff. II zu § 1773 mitgeteilten Entscheidungen, namentlich die sehr eingehende des KG., KGJ. **46** A 51. — Zur Auslegung des § 1779 BGB. ist eine Reihe neuer wichtiger Entsch. ergangen, insbes. hinsichtlich der Auswahl des Vormundes in Rücksicht auf das religiöse Bekenntnis des Mündels einerseits und seine Verwandten und Verschwägerten andererseits.

§ 1773. Einzel- und Berufsvormundschaft.

A. Gesetzgebung: Baden. Gesetz über die Berufsvormundschaft vom 8. Juli 1914. Dazu Gutachten über den Gesetzentwurf (Die Teilung der Berufsvormundschaft) von Klumker, FürsZBl. **6** 63, und Müller, BadNotZ. **14** 1. — Schwarzburg-Sondershausen. G. vom 7. Mai 1914 betr. weitere Abänderungen des AGBGB. vom 19. Juli 1899 (GS. 169): Durch Ortsgesetz können Gemeindebeamten alle oder einzelne Rechte und Pflichten eines Vormundes für solche Minderjährige übertragen werden, die unter der Aufsicht dieser Beamten entweder in einer von ihnen ausgewählten Familie oder Anstalt oder, sofern es sich um uneheliche Minderjährige handelt, in der mütterlichen Familie erzogen werden. Diese Vorschrift findet nur Anwendung auf Minderjährige, für deren Bevormundung ein Gericht des Fürstentums zuständig ist. — Sind dem Beamten alle Rechte und Pflichten eines Vormundes übertragen, so endigt das Amt des bisherigen Vormundes. Ein Gegenvormund ist nicht zu bestellen. Dem Vormunde stehen die nach § 1852 Abs. 2 BGB. zulässigen Befreiungen zu.

B. Verwaltung: PrMin. d. Inn. vom 3. September 1913 (MBliV. **14** 66) betr. die Waisen- und Vormundschaftspflege.

C. Literatur: Burghart, Die Berufspflegschaft zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen, FürsZBl. **6** 85. — Klumker, Die Entwicklung der Berufsvormundschaft im Jahre 1913/14, FürsZBl. **6** 61.

D. Tagungen: 9. Tagung der deutschen Berufsvormünder in Zürich vom 21. bis 23. Juni 1914. Bericht von Niestroj, PrVerwBl. **35** 817.

I. Berufsvormundschaft. 1. Frese, ZBlFG. **14** 741, behandelt in umfassender Weise die Ausgestaltung, die die sog. Berufsvormundschaft bisher in Deutschland landesgesetzlich gefunden hat, und zwar die Berufsvormundschaft kraft Gesetzes (Art. 136 Ziff. 1 u. 2 EGBGB.), die bevorrechtigte Berufsvormundschaft kraft Bestellung (Art. 136 Ziff. 3 EGBGB.) und die einfache Berufsvormundschaft kraft Bestellung (sog. Sammelvormundschaft). Hervorzuheben sind folgende Ausführungen: (748): Der Berufsvormund hat keine weitergehenden Rechte als der Einzelvormund, insbesondere ist (aM. OLG. **6** 64 [Hamburg]) der Landesgesetzgebung nicht das Recht verliehen, dem Berufsvormunde gegenüber das den Vormund sonst beschränkende Sorgerecht der Mutter außer Wirksamkeit zu setzen (ebenso Schäfer, R. **03** 304 und WürttMinVO. vom 21. Oktober 1912

[JMBl. Nr. 13]). (750): Die Berufsvormundschaft kann nur unter den Voraussetzungen des § 1773 BGB. eintreten, ebenso OLG. **21** 284 Anm. (KG.) und die WürttMinVO. vom 21. Oktober 1912. (746): In der Berufsvormundschaft ist auch die Pflegschaft jedenfalls überall da mitinbegriffen, wo landesgesetzlich in Übereinstimmung mit dem EG. als Gegenstand der Übertragung „alle oder einzelne Rechte und Pflichten eines Vormundes" bezeichnet werden. (755): Unter „mütterlicher Familie" im Sinne des Art. 136 EG. ist nicht nur, wie R. **11** Nr. 733 (KG.) angenommen wird, die Familie zu verstehen, mit der die Mutter selbst in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt, sondern auch die Familie, deren Verbande die noch unselbständige Mutter angehört, auch wenn diese die häusliche Gemeinschaft augenblicklich nicht teilt, sondern etwa im Gesindedienste steht, nicht aber nach dem Tode der Mutter die Familie, der sie bisher angehört hat. (755): Ist die Berufsvormundschaft einem kollegial zusammengesetzten Anstaltsvorstand übertragen, so erledigt dieser auch die vormundschaftlichen Geschäfte nach den für seine Geschäftsführung im allgemeinen geltenden Vorschriften, aM. Planck Anm. 1 c zu Art. 136 EG., der sämtliche Mitglieder des Kollegiums als Mitvormünder im Sinne des § 1797 Abs. 1 BGB. ansieht. (756): Die Landesgesetzgebung ist nicht behindert, den Eintritt der Berufsvormundschaft an eine ausdrückliche Feststellung der zuständigen Behörde, daß die Voraussetzung der gesetzlichen Vormundschaft eingetreten sei, wie dies z. B. in Bremen der Fall ist (757), zu knüpfen. (760): Dem Berufsvormund als solchem sind keine obrigkeitlichen Befugnisse übertragen, sondern lediglich die im Privatrechte begründeten Rechte und Pflichten eines Vormundes. Nur wenn die Berufsvormundschaft kraft Gesetzes einer Behörde übertragen ist, handelt diese, auch soweit sie die Geschäfte des Berufsvormundes erledigt, in ihrer Eigenschaft als Behörde. Ist der Berufsvormund ein Beamter, so gilt neben § 1833 auch § 839 BGB. (768): Fehlen die Voraussetzungen der bevorrechtigten Berufsvormundschaft, die nur kraft der Bestellung eintritt (Art. 136 Ziff. 3 EG.), so gilt die Vormundschaft nur als einfache Vormundschaft, die allen Regelvorschriften des BGB. untersteht. (770): Vom idealen Standpunkt ist die Einzelvormundschaft jeder anderen Art der Vormundschaft vorzuziehen. Am meisten wird es sich empfehlen, die einfache Berufsvormundschaft kraft Bestellung einzuführen, ohne Zeitbeschränkung, aber immer nur zur Ergänzung der Einzelvormundschaft, und daneben die Einzelvormundschaft womöglich so auszubilden und zu organisieren, wie es in Frankfurt a. M. (FürsZBl. **4** 236) und vom Charitasverbande (FürsZBl. **5** 25, 210) angestrebt wird.

2. Löwe, PrVerwBl. **35** 627, bezeichnet die Berufsvormundschaft als eine Einrichtung, nach der ein Beamter der Armenverwaltung dieser gegenüber verpflichtet ist, die Bestellung zum Vormunde solcher unehelichen Kinder anzunehmen, die noch nicht der Generalvormundschaft (Art. 78 § 4 PrAGBGB.) unterstehen. Hierin wird eine sachgemäße Ergänzung der Generalvormundschaft gesehen, die, wie jene selbst, als Gemeindesache anzusprechen ist.

3. Werner, Eine neue Verwendung des Gemeindewaisenrats bei Berufsvormundschaft, FürsZBl. **5** 265. Das BGB. (§ 1850) setzt die Zuteilung der Mündel nach Bezirken an die einzelnen Waisenräte voraus. Aber die Bezirksgliederung verschwindet bei der Übertragung nach Art. 77 § 1 AGBGB. an ein Gemeindeorgan, wie die Armendeputation. Es steht dann nichts im Wege, den Hilfsorganen des Gemeindewaisenrats, den Waisenpflegern und Waisenpflegerinnen, in erster Linie die unter Berufsvormundschaft stehenden unehelichen Mündel namentlich zuzuweisen und sie ihnen dadurch persönlich näher zu bringen, während die übrigen Mündel von den Bezirkswaisenräten kontrolliert werden.

II. Die Behörde für Jugendfürsorge in Hamburg. 1. Hans. GZ. **14** Beibl. 204 (Hamburg). Die durch das HambG. vom 9. Februar 1910 ge-

schaffene „Behörde für Jugendfürsorge" ist eine Verwaltungsbehörde, kein Vormundschaftsgericht, was schon daraus hervorgeht, daß ihr Direktor Berufsvormund der unehelichen Kinder und als solcher der Vormundschaftsbehörde unterstellt ist.

2. KGJ. **46** A 51, FürsZBl. **6** 150 (KG.). Die Behörde für öffentliche Jugendfürsorge in Hamburg übt die gesetzliche Berufsvormundschaft für uneheliche Kinder aus. Ihr jeweiliger Direktor ist der gesetzliche Vormund, der der Behörde beigeordnete Rat sein gesetzlicher Stellvertreter. Beim Tode des Direktors geht bis zur Besetzung der Stelle die Vormundschaft ohne weiteres auf den Rat über. Der Direktor kann bevollmächtigt werden, die Genehmigung des zuständigen Vormundschaftsgerichts zu einem von einem minderjährigen Erzeuger erklärten Unterhaltsschuldversprechen herbeizuführen.

§ 1774. RG. BayRpflZ. **14** 150. Der Prozeßrichter hat über die Gesetzmäßigkeit einer Vormundschafts- oder Pflegschaftsanordnung nicht zu entscheiden. Dazu sind allein die vormundschaftlichen Instanzen zuständig (JW. **91** 434, **03** Beil. 64 Nr. 147, **RG. 33** 414, **34** 416). Maßgebend ist allein der rechtliche Bestand der Vormundschaft oder Pflegschaft. Dieser berechtigt und verpflichtet den Richter, dem Pfleger eine angemessene Vergütung (§ 1836) zu bewilligen. Über die Höhe der Vergütung zu befinden, steht allein den Vormundschaftsbehörden, nicht dem Prozeßgerichte zu.

§ 1775. OLG. **28** 333 (Cöln). Uneheliche Kinder derselben Frauensperson gelten in Beziehung auf die Vormundsbestellung als Geschwister.

§ 1776. R. **15** Nr. 209 (BayObLG.). Der Ehegatte ist nicht zur Vormundschaft „berufen".

§ 1779. 1. R. **14** Nr. 941 (BayObLG.). Ob eine Person sich zur Bestellung als Vormund eignet, muß nach dem Zeitpunkte der Bestellung beurteilt werden. Später liegende Tatsachen, insbesondere die Art, wie der zum Vormunde Bestellte sein Amt führt, können nur für die Frage der Entlassung in Betracht kommen. Ein späterer Religionswechsel des Vormundes oder dessen Austritt aus der Kirche kann Anlaß geben, ihm die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels nach § 1801 abzunehmen.

2. KGJ. **45** A 38, RJA. **13** 188 (KG.). Der von dem Vormundschaftsgerichte zum Vormund Ausgewählte darf die Wahl nicht wegen Verletzung des § 1779 Abs. 2 Satz 1 mit der Behauptung anfechten, daß er seiner persönlichen Verhältnisse wegen zur Führung der Vormundschaft ungeeignet sei, sondern er kann im Beschwerdewege die Weigerung, die Vormundschaft zu übernehmen, nur darauf stützen, daß einer der gesetzlichen Ablehnungsgründe, insbesondere ein Grund aus § 1786 vorliege.

3. KGJ. **46** A 69. Sind Verwandte oder Verschwägerte des Mündels vorhanden, so ergibt § 1779 Abs. 2, daß ein konfessionsungleicher Verwandter, mag er auch sonst zur Führung der Vormundschaft geeignet sein, so lange nicht zum Vormunde bestellt werden soll, als ein konfessionsgleicher geeigneter Verwandter zur Verfügung steht, es sei denn, daß besondere Gründe vorhanden sind, die die Bestellung eines konfessionsungleichen Verwandten zum Vormunde rechtfertigen. Ist die Vormundschaft über mehrere nicht konfessionsgleiche Geschwister einzuleiten, so ist für die Entscheidung der Frage, ob die Regel des § 1775 oder die des § 1779 Abs. 2 Satz 2 anzuwenden sei, das Interesse der Mündel maßgebend. Anzuwenden ist die Regel, deren Befolgung dem Interesse der Mündel im gegebenen Falle am besten dient.

4. KGJ. **46** A 74. Die Bestimmungen im § 1779 Abs. 2 Satz 2 und 3 sind dahin zu verstehen, daß in erster Reihe geeignete Verwandte oder Verschwägerte des Mündels zu dem Amte des Vormundes heranzuziehen sind

und erst in zweiter Linie auf das religiöse Bekenntnis des Mündels Bedacht zu nehmen ist.

§§ 1785—1787. Haberstumpf, BayNotZ. **14** 183, weist auf die eigentümliche Folge aus Art. 23 EG. in Verbindung mit §§ 1785 bis 1787 BGB. hin, daß jeder Deutsche verpflichtet ist, die Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Ausländer zu übernehmen, falls die Vormundschaft oder Pflegschaft von einem deutschen Gericht angeordnet ist, während ein in Deutschland lebender Ausländer nicht verpflichtet ist, eine Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Ausländer oder Inländer zu übernehmen. Er empfiehlt, demjenigen, der die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Ausländer anregt, zu eröffnen, daß diesem Verlangen nur dann stattgegeben werde, wenn eine im Inlande wohnhafte Persönlichkeit nachgewiesen werde, welche die Vormundschaft oder Pflegschaft freiwillig übernehme.

§ 1791. KGJ. **45** A 66. In die dem befreiten Vormunde zu erteilende Bestallung sind zweckmäßig die ihm nach §§ 1852—1854 zustehenden Befreiungen aufzunehmen und vollständig aufzuführen. Im Falle der unvollständigen Aufführung ist der Vormund beschwerdeberechtigt.

§ 1792. DJZ. **14** 760 (BayObLG.). Für die Entscheidung darüber, ob ein Gegenvormund bestellt werden soll, ist nicht die Erheblichkeit des Mündelvermögens, sondern die Erheblichkeit der Vermögensverwaltung maßgebend.

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Zu diesem Abschnitte haben die verschiedensten Fragen die Rechtsprechung in reicher Fülle beschäftigt. Die zurzeit brennende Frage, ob und wieweit ein Vormund durch Kriegsteilnahme an der Ausübung seiner Rechte und Pflichten verhindert sei, hat verschiedene Äußerungen des Schrifttums (vgl. zu §§ 1793, 1794 und § 1846) hervorgerufen, während, abgesehen von einer die Frage nicht erschöpfend behandelnden Entsch. des KG. (Ziff. 3 a zu §§ 1793, 1794), grundlegende Entsch. der Obergerichte hierzu noch nicht veröffentlicht worden sind. — Heinsheimer bekämpft (zu § 1812) die Entsch. RG. **79** 9, die eine Bank dafür verantwortlich gemacht hat, daß sie die bei ihr hinterlegt gewesenen Wertpapiere dem Vormund ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts herausgegeben habe, mit Gründen, denen Josef (aaO.) entgegentritt. — Die Schwierigkeit, die die Anwendung der §§ 1828, 1829 BGB. insofern bietet, als die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht schon durch ihre Mitteilung an den Vormund, sondern erst durch dessen weitere Mitteilung an den Vertragsgegner wirksam wird, wird durch die zu §§ 1828, 1829 mitgeteilten Entsch. des OLG. Colmar und den Versuch der Notare, durch geeignete Bevollmächtigung den Doppelweg zu vereinfachen und eine entsprechende Formel zu finden, in helles Licht gerückt. — In KGJ. **45** A 55 werden die zum Beruf eines zum Vormunde bestellten Rechtsanwalts gehörigen Dienste im Sinne des § 1835 grundsätzlich behandelt, desgleichen in KGJ. **45** A 48 die für die Zubilligung einer Vergütung des Vormundes maßgeblichen Gesichtspunkte und in KGJ. **45** A 44 die Bedeutung des im § 1836 Abs. 1 Satz 3 BGB. gebrauchten Ausdrucks „Vermögen" (Ziff. II 1 a, 4 zu § 1836 BGB.). — Daß ein von der Stadtgemeinde bereitgestellter und besoldeter Sammelvormund grundsätzlich sein Amt unentgeltlich zu führen habe, ist in KGJ. **45** A 60 (Ziff. I zu § 1836) ausgesprochen worden.

§§ 1793, 1794. 1. ZBlFG. **15** 28, OLG. **30** 24 (Dresden). Die von dem Vormund oder Pfleger für den Mündel gültig erteilte Vollmacht erlischt nicht dadurch, daß an die Stelle des bisherigen Vormundes oder Pflegers ein neuer Vormund oder Pfleger tritt.

2. DJZ. **14** 760 (BayObLG.). Kann auch der Vormund nicht die Wahrnehmung aller seiner Rechte und Pflichten einem anderen übertragen, so kann er sich doch

bei der Ausübung einzelner Rechte und Pflichten seines Amtes, namentlich in Beziehung auf gewisse Angelegenheiten, vertreten lassen.

3. a) FürsZBl. **6** 172 (KG.). Nicht in allen Fällen einer Behinderung des Vormundes bedarf es der Bestellung eines Pflegers, vielmehr kommt es darauf an, ob nach Lage des Einzelfalls ein Bedürfnis zur Pflegschaftseinleitung gegeben ist. Jedenfalls kann die Erteilung einer Vollmacht nicht in allen Fällen einen ausreichenden Ersatz der Pflegerbestellung bilden, nämlich hinsichtlich derjenigen Rechtshandlungen, die eine höchstpersönliche Entschließung des Vormundes erfordern, insbesondere der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen (§§ 1821, 1822 BGB.). **b)** Vgl. dazu die Bemerkungen von Schönberner, FürsZBl. **6** 169, über die Vertretung des im Kriege befindlichen Vormundes und Berufsvormundes und Frese und Stern, unten Ziff. 2 zu § 1846. **c)** Josef, ZBlFG. **15** 453: Dem Generalbevollmächtigten des Vormundes steht die Besorgung der Angelegenheiten des Mündels, insbesondere dessen Vertretung nicht zu. Der Vormund kann diesem oder einem anderen Bevollmächtigten aber die Erledigung der ihm obliegenden Angelegenheiten des Mündels in beliebigem Umfang übertragen, der dann mit für den Mündel verbindlicher Wirkung handelt, ohne daß ein Dritter zu prüfen hat, ob die Bevollmächtigung den Interessen des Mündels entspricht.

§ 1795. KGJ. **45** A 237. Veräußert der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen an diesen ein Grundstück, so bedarf der Minderjährige zur Entgegennahme der Auflassung der Einwilligung eines ihm an Stelle des gesetzlichen Vertreters zu bestellenden Pflegers, und zwar auch dann, wenn der Auflassung eine Schenkung zugrunde liegt und das Grundstück unbelastet ist.

§ 1796. KGJ. **45** A 42. Das BGB. kennt (vgl. dagegen § 1666 Abs. 2, 1670, 1760 Abs. 2 BGB.) eine Entziehung der tatsächlichen Sorge des Vormundes für das Mündelvermögen (Vermögensverwaltung) nicht, sondern nur eine Entziehung der gesetzlichen Vertretung nach Maßgabe des § 1796. Die Entziehung der tatsächlichen Sorge für das Vermögen des Mündels kann nur dadurch erreicht werden, daß der Vormund nach § 1886 entlassen wird.

§ 1800. LeipzZ. **14** 1138, BayRpflZ. **14** 131 (BayObLG., Strafs.). Der Vormund mißbraucht das Recht der Sorge für die Person des Mündels und macht sich nach § 153 GewO. strafbar, wenn er durch Anwendung der im § 153 genannten Mittel den Mündel zur Teilnahme an einem Streike zu bestimmen versucht.

§ 1801. KGJ. **46 A** 79. Dem Vormunde, der nicht dem Bekenntnisse des Mündels angehört, darf die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels nur entzogen werden, wenn die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß er wegen der Verschiedenheit seines Bekenntnisses für die religiöse Erziehung des Mündels nicht pflichtmäßig sorgen oder ihr nicht das nötige Interesse oder Verständnis entgegenbringen werde.

§ 1804. R. **15** Nr. 327 (BayObLG.). Eine über den Rahmen des § 1804 Satz 2 BGB. hinausgehende Schenkung kann auch nicht mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bewirkt werden. Versagt daher das Vormundschaftsgericht dem Vormunde die Genehmigung, so steht diesem gegen die Versagung kein Beschwerderecht zu. Über die Frage aber, ob der Vormund bei einer Zuwendung (z. B. von Unterhaltsleistungen) die Schranken des § 1804 überschritten habe und ob ihm die Überschreitung als Verschulden zuzurechnen sei, kann nur das Prozeßgericht entscheiden.

§ 1806. a) RJA. **13** 78, R. **14** Nr. 2093 (KG.). § 1806 macht dem Vormunde die verzinsliche Anlegung der Mündelgelder nicht zur Pflicht, zu-

lässig ist vielmehr auch, wenn dies für den Mündel vorteilhaft erscheint, die nutzbare, aber nicht verzinsliche Anlegung von Mündelgeld, z. B. in einem Handelsgeschäft, ohne daß es dazu der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Aus § 1837 kann nur eingeschritten werden, wenn der Vormund, indem er eine zweckwidrige, für den Mündel unvorteilhafte Anlage wählt, zugleich pflichtwidrig handelt, also schuldhaft die Interessen des Mündels verletzt. Glaubt der Vormund dagegen, das Interesse des Mündels, wenn auch aus unzutreffenden Gründen, zu wahren, und handelt er hierbei nicht schuldhaft, so bleibt dem Vormundschaftsgerichte nur übrig, den Vormund zu entlassen. **b)** Dagegen Josef, FürsZBlFG. **6** 188. Das Vormundschaftsgericht darf die Entlassung nicht anordnen, um zu erreichen, daß eine vom bisherigen Vormund abgelehnte Verwaltungshandlung, über deren Zweckmäßigkeit die Ansichten verschieden sein können, durch einen neuen Vormund erfolge.

§ 1807. **RG.** JW. **14** 931. Nach Mündelrecht ist eine den Grundsätzen des § 1807 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 73 § 1 PrAGBGB. zuwider angelegte Hypothek nicht etwa nur eine in ihrer Sicherheit geminderte, sondern eine unsichere, gefährdete und darum verbotene Vermögensanlage.

§ 1809. *Schultheis, ZBlFG. **15** 159 (abweichend von der früheren Ansicht, JDR. **1** zu § 1809 Ziff. 3). Die Beschränkung, die bei der Anlegung von Mündelgeld nach § 1809 durch die kraft des Sperrvermerkes notwendige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung herbeigeführt wurde, gilt dem Sinne und Zwecke der Bestimmung nach nur für die Verwaltungstätigkeit des Vormundes. Der volljährige und damit vollgeschäftsfähige Mündel kann allein darüber verfügen, eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wäre überflüssig und rechtlich bedeutungslos, insofern sie auch dem Vormunde nicht die ihm nach Beendigung der Vormundschaft fehlende Befugnis zur Empfangnahme der Gelder und Wertpapiere verschaffen könnte. Es kann nur in Frage kommen, daß das Gericht, wenn die Hinterlegungsstelle nicht ohne gerichtliche Verfügung die Wertpapiere herausgeben will, es ausdrücklich ausspricht, daß zur Abhebung seitens des volljährigen Mündels Genehmigung nicht nötig ist (KGJ. **24** A 26).

§ 1812. **a)** Heinsheimer, DJZ. **13** 205, bekämpft die Entsch. **RG. 79** 9 — JDR. **11** Ziff. 1 zu § 1812 —, die eine Bank dafür verantwortlich gemacht hat, daß sie die bei ihr hinterlegt gewesenen Wertpapiere dem Vormund ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts herausgegeben habe, mit folgenden Ausführungen: Die Zurücknahme eines hinterlegten Wertpapiers sei keine „Verfügung" über dieses, und die Hinterlegung könne unter den Beteiligten auch so geregelt werden, daß der hinterlegende Vormund selbst wieder abheben dürfe. Dies ergebe sich gerade aus § 1814. Zwischen Mündel und Bank entscheide zunächst der Hinterlegungsvertrag, und zur „Leistungsannahme" auf diesen bedürfe der Vormund, wenn der Vertrag nicht selbst ein anderes vorsehe, keinerlei Genehmigung, da die Leistung nicht „in Wertpapieren", sondern in der Rückgabe des Besitzes von solchen bestehe (§ 1813 Ziff. 1). Nur wenn die Bank wisse, daß der Vormund unbefugt handle, könne vielleicht eine Haftung aus unerlaubter Handlung (Beihilfe zur Untreue) in Frage kommen. **b)** Demgegenüber tritt Josef, ABürgR. **40** 349, dem RG. bei: **α.** § 1812 findet auch Anwendung, wenn dem Mündel Eigentum an den für ihn bei der Bank hinterlegten Wertpapieren zusteht. Zwar überträgt hier die Bank dem Vormunde nur den unmittelbaren Besitz, der ihr an den Papieren zustand; aber die körperliche Sache, die dem Vormunde gewährt wird, also der Gegenstand der Leistung im Sinne des § 1813 Ziff. 1 sind dennoch die Wertpapiere. **β.** Bietet der Vormund Geld oder Wertpapiere des Mündels der Bank zur Verwahrung an mit der Behauptung, die Vormundschaft sei eine befreite, und nimmt die Bank die ihr so angebotene Verwahrung an,

so hat, da die befreite Vormundschaft die Ausnahme ist und die §§ 1812, 1814 den Schutz des Mündels gegen Leichtfertigkeit des Vormundes bezwecken, die Bank mindestens dann, wenn der Vormund als angeblich unbeschränkter Vertreter die Rückgabe verlangt, die Richtigkeit jener Behauptung sich urkundlich nachweisen zu lassen. Handelt die Bank dieser Verpflichtung zuwider und wird hierdurch die Veruntreuung der Papiere dem Vormund ermöglicht, so ist die Bank dem Mündel ersatzpflichtig.

§§ 1821 ff. KGJ. **45** A 264 — vgl. JDR. **12** zu §§ 1821 ff. —. Ist ein Mündel, vertreten durch den Vormund, durch rechtskräftiges Urteil zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Willenserklärung gemäß § 894 ZPO. als wirksam abgegeben. Der im Falle freiwilliger Abgabe der Erklärung erforderlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf es nicht. Dies gilt auch dann, wenn das Urteil gemäß § 307 ZPO. auf Grund eines Anerkenntnisses des Vormundes erlassen ist. Ob das Anerkenntnis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte, ist nach Rechtskraft des Urteils nicht nachzuprüfen.

§ 1821. 1. HessRspr. **15** 202 (Darmstadt). Verpflichten sich minderjährige Erben, eine Hypothek zu bestellen, so bedarf es zur wirksamen Eingehung der Verpflichtung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Dieses materiellrechtliche Erfordernis wird durch das im § 91 Abs. 3 FGG. zugelassene Versäumnisverfahren nicht berührt.

2. Abs. 2. SächsOLG. **35** 50 (Dresden). Zur Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek bedarf der Vormund (Pfleger) des Gläubigers nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, insbesondere greift § 1822 Ziff. 13 nicht Platz, da durch die Umwandlung der Hypothek die für die Forderung des Mündels bestehende Sicherheit weder aufgehoben noch gemindert wird.

§ 1822. 1. Ziff. 2. *Rücker, BoschersZ. **14** 259. Genehmigung ist nicht erforderlich zu einer Vereinbarung mit den Miterben über formfreie Versteigerung ererbter Fahrnis.

2. Ziff. 3. R. **14** Nr. 2484 (Hamburg). Der Mangel der nach § 1822 Ziff. 3 erforderlichen Genehmigung berührt nur den Erwerb des Geschäfts im ganzen, nicht aber den Bestand der einzelnen bei Fortführung des Geschäfts abgeschlossenen Verträge.

3. Ziff. 10. a) **RG.** JW. **15** 141. Auch die Übereignung von Gegenständen des Vermögens der Minderjährigen, insbesondere die Abtretung einer ihnen zustehenden Hypothek oder Grundschuld, enthält, sofern sie zur Sicherung einer fremden Verbindlichkeit erfolgt — Fall einer fiduziarischen Sicherheitsbestellung —, die Übernahme einer solchen Verbindlichkeit (vgl. **RG. 76** 93, JDR. **10** Ziff. 2 d zu § 1643). **b)** Vgl. auch oben Ziff. II 2 zu § 1643 BGB.

§ 1827. ZBlFG. **15** 247, R. **14** Nr. 2880 (Dresden). Die weitere Beschwerde in einer Angelegenheit wegen Entlassung des Mündels aus der deutschen Staatsangehörigkeit ist auf die Rüge von Rechtsverletzungen nicht beschränkt, sondern auch nach der Seite der Tat- und Ermessensfrage statthaft. Ausgehend vom Wohle des Mündels hat das Gericht abzuwägen, was der Mündel zu erwerben und was er aufzugeben gedenkt. — Vgl. auch Ziff. 4 zu § 1673 BGB.

§ 1828. R. **15** Nr. 328 (BayObLG.). Die Frage der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung kann nur zwischen dem Vormundschaftsgericht und dem derzeitigen Vormund ausgetragen werden. Dem früheren Vormunde steht gegen die Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ein Beschwerderecht nicht zu.

§§ 1828, 1829. 1. ElsLothJZ. **14** 376, ElsLothNotZ. **14** 174, DNotV. **14** 409 (Colmar). Eine Vereinbarung, daß „mit der Mitteilung des Genehmigungsbeschlusses zu Händen des unterzeichneten Notars die Bekanntmachung nach § 1829 BGB. und § 29 GBO. als bewirkt gelten solle", ist unwirksam, insofern sie im Widerspruche mit den Tatsachen bezweckt, zum Ausdrucke zu bringen, daß die Genehmigung mitgeteilt worden sei, oder sofern sie etwa die im § 1828 dem Vormundschaftsgericht auferlegte amtliche Bekanntmachung der Genehmigung an den Vormund ersetzen soll. Dagegen ist eine Bestimmung wirksam, daß dem Vertragsgegner des Minderjährigen die dem Vater des Minderjährigen obliegende Mitteilung der Genehmigung durch Übergabe einer Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses an den Notar zugänglich gemacht werden solle. Denn auf welchem Wege dem Vertragsgegner die Mitteilung der Genehmigung zugehen konnte (§ 130 BGB.), hing wesentlich von den Einrichtungen ab, die er traf, um sich in die Lage zu setzen, von der an ihn gerichteten Mitteilung Kenntnis zu erhalten. Eine Bevollmächtigung des Notars ist in dieser Bestimmung nicht zu finden (vgl. ElsLothJZ. **13** 104); einer solchen hätte es auch nur insoweit bedurft, als der Notar etwa in Vertretung des Vormundes die Bekanntmachung der Genehmigung von dem Vormundschaftsgerichte hätte entgegennehmen sollen. Der urkundliche Nachweis (§ 29 GBO.), daß der Vater des Minderjährigen dem Notar die Genehmigung zu dem Zwecke, sie dem Vertragsgegner zugänglich zu machen, mitgeteilt habe, wird durch die Anheftung des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses an die Urschrift der Vertragsurkunde nicht geführt.

2. ElsLothNotZ. **14** 213, BayNotZ. **14** 348, 510 (Colmar). Durch die Formel: „Es gilt zwischen den Versteiglassern und den Ansteigerern ausdrücklich als vereinbart, daß mit dem Eingange der Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses des Vormundschaftsgerichts hinsichtlich gegenwärtiger Versteigerung bei dem unterzeichneten Notar die Genehmigung als für alle Beteiligten geschehen betrachtet und wirksam sei", und die Vorlegung der an den Notar gerichteten Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses an das Grundbuchamt wird der Vorschrift des § 1829 nicht genügt. Vgl. OLG. **26** 116 (Colmar), JDR. **11** Ziff. 2 zu § 1829; nicht entgegenstehend **RG.** DNotV. **12** 33, JDR. **11** Ziff. 1 a zu § 171 FGG.

3. ElsLothNotZ. **14** 301 (Colmar). Die Mitteilung der Genehmigung (§ 1829) kann erst erfolgen, nachdem das Vormundschaftsgericht den Pflegern gegenüber die Genehmigung erklärt hat. Diese Vorschrift ist zwingenden Rechtes und kann nicht durch Parteivereinbarung im voraus abgeändert oder ersetzt werden. Die Beteiligten, denen die Mitteilung gemacht werden muß, können allerdings erklären, daß ihnen diese Mitteilung nicht persönlich, sondern durch Abgabe an eine dritte Person, z. B. auch an den Notar übermittelt werde. Nicht aber kann die Mitteilung der Pfleger selbst durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß sie durch Anheftung einer dem Notar durch das Vormundschaftsgericht übermittelten Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses an die Auseinandersetzungs- und Teilungsurkunde als erfolgt anzusehen sei. Denn durch eine solche Vereinbarung würde gerade die gesetzliche Vorschrift, daß die Mitteilung seitens des Pflegers zu erfolgen habe, aufgehoben. Dagegen würde der gesetzlichen Vorschrift genügt sein, wenn die Beteiligten die Bestimmung treffen, daß die Mitteilung der Pfleger an den Notar erfolge, und wenn in gesetzlicher Weise nachgewiesen ist, daß diese Mitteilung auch tatsächlich an den Notar geschehen ist, da hiernach den Beteiligten mit ihrer Einwilligung Gelegenheit gegeben ist, bei dem Notar von dieser Mitteilung der Pfleger Kenntnis zu nehmen.

4. a) Im Anschlusse hieran schlägt ElsLothNotZ. **14** 309 der Eins. folgende Formel vor: „Die Vertreter der beteiligten Minderjährigen bedürfen zu dem vorstehenden Vertrage der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, welche jeder

von ihnen den anderen Beteiligten mitteilen muß. Alle Beteiligten vereinbaren hiermit, daß diese Mitteilung der Vertreter an den Notar geschehen soll und auch den anderen Beteiligten gegenüber in gesetzlicher Weise nachgewiesen ist, wenn eine Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses mit der vormundschaftsgerichtlichen Bescheinigung der Bekanntmachung an die Vertreter durch diese dem Notar ausgehändigt und der Teilungsurkunde angeheftet ist." **b)** D o r st, RheinNotZ. **52** 293, schlägt folgende Fassung vor: „Die Genehmigung dieses Vertrags durch das Vormundschaftsgericht bleibt vorbehalten. Die Beteiligten beantragen, daß dem beurkundenden Notar nach Erklärung der Genehmigung oder deren Verweigerung dem Mündelvertreter gegenüber eine beglaubigte Abschrift des Beschlusses des Vormundschaftsgerichts von diesem zugesandt wird, wodurch der Beschluß von seiten des Mündelvertreters zur Kenntnis der übrigen Beteiligten gebracht gelten soll."

§ 1831. *A u e r b a c h, JW. **14** 343, bekämpft die Entsch. KGJ. **21** 198, **29** A 40 — JDR. **1** Ziff. 1, **4** Ziff. 1 b zu § 1831 —, die es verneint, daß das Vorschaftsgericht die Erbausschlagungserklärung des Vormundes noch nach Ablauf der Überlegungsfrist genehmigen könne, mit der Begründung, daß der vom KG. angezogene § 111 BGB. nur Rechtsgeschäfte betreffe, die der Mündel ohne gesetzlichen Vertreter vornehme, während hier § 184 BGB. Platz greife. ➡ Die Ausführungen sind wenig überzeugend, wenn auch dem Bedürfnisse, zu einer abweichenden Ergebnisse zu gelangen, entsprungen. Der RGRKomm. Anm. 1 zu § 1831 sucht eine befriedigende Lösung aus dem Zwecke der für die Abgabe einer einseitigen Erklärung vorgeschriebenen F r i st b e st i m m u n g herzuleiten, wonach es genüge, wenn die Erfordernisse des einseitigen Geschäfts beim A b l a u f e der Frist vorliegen, und daß deshalb die zum Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts erforderlichen Erklärungen innerhalb der Frist auch nacheinander abgegeben werden dürften. Red. ⬅

§ 1833. **RG.** R. **14** Nr. 1581. Die Prüfung, ob der Abschluß eines Vertrags dem Mündel in wirtschaftlicher Beziehung v o r t e i l h a f t sei, liegt an erster Stelle dem V o r m u n d ob. Die Genehmigung des V o r m u n d s c h a f t s - g e r i c h t s entlastet den Vormund nicht von seiner eigenen Haftung (JW. **10** 708 **11** 984, **12** 67).

§ 1835. 1. KGJ. **45** A 55 (KG). Unter den „D i e n st e n" eines zum Vormunde bestellten Rechtsanwalts, „die zu seinem Gewerbe oder seinem Berufe gehören" und für die das Vormundschaftsgericht dem Vormunde nicht, wie nach § 1836, mit konstitutiver Wirkung eine Vergütung festsetzen kann, gehört nur eine solche Tätigkeit, die ein a n d e r e r geeigneter, also auch rechtskundiger Vormund wohl nicht leisten könnte, ohne einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen (vgl. KGJ. **13** 80 u. **16** 40).

2. RJA. **13** 203 (KG.). Zu den „Aufwendungen" im Sinne des § 1835 gehört auch die Beschaffung von Räumen und Hilfskräften, die ein mit den Ämtern des Vormundschafts- und Nachlaßwesens fortdauernd betrauter Rechtsanwalt lediglich für diese Zwecke zur Verfügung stellt. Die hierbei geleistete Fremdarbeit kann nur insoweit bei der Festsetzung der V e r g ü t u n g (§ 1836) Berücksichtigung finden, als die Hilfskräfte zu Verrichtungen zugezogen worden sind, die dem Rechtsanwalt unter Berücksichtigung seiner Berufs- und Lebensstellung als e i g e n e Arbeit zuzumuten waren.

§ 1836. I. U n e n t g e l t l i c h e F ü h r u n g d e r V o r m u n d s c h a f t. KGJ. **45** A 60, RJA. **13** 169, R. **14** Nr. 463 (KG.). Einem von der Stadtverwaltung als S a m m e l v o r m u n d bereitgestellten und besoldeten Beamten darf eine Vergütung für die Führung der Vormundschaft selbst dann nicht bewilligt werden, wenn an sich das Vermögen des Mündels sowie der Umfang und die Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte die Bewilligung rechtfertigen würden, denn er erhält für seine Mühewaltung bereits eine angemessene Vergütung in dem Ge-

halte, das er als städtischer Beamter bezieht (vgl. R. **06** Nr. 565 [RG.]). Ebenso Rosenstock, ZArmWes. **13** 148.

II. Bewilligung einer Vergütung. 1. Berücksichtigung aller erheblichen Umstände. **a)** KGJ. **45** A 48 (KG.). Bei Festsetzung der dem Vormunde zuzubilligenden angemessenen Vergütung hat das Vormundschaftsgericht alle für seine Entschließung erheblichen Umstände in Betracht zu ziehen. Als solche können auch Abreden in Betracht kommen, welche der Vormund mit dem Mündel oder früheren Mündel über die Zubilligung oder die Höhe der Vergütung z. B. dahin getroffen hat, daß er auf eine Vergütung für die Führung der Vormundschaft verzichte. **b)** BayObLG. **14** 445, DJZ. **14** 1116 (BayObLG.). Bei der Entscheidung über die Höhe der Vergütung ist nicht bloß die Dauer des Amtes und der Umfang der Mühewaltung, sondern auch die mit der Führung des Amtes verbundene Verantwortlichkeit zu berücksichtigen. Entsprechendes gilt bei der Nachlaßpflegschaft (§ 1960).

2. Nach Beendigung der Vormundschaft. BayObLG. **15** 107, R. **14** Nr. 1284—1287 (BayObLG.) bejaht im Anschluß an RJA. **2** 5, **3** 64, **6** 13, 33, **12** 6 (KG.) u. R. **06** Nr. 317 (BayObLG.) die ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, auch noch nach der Beendigung der Vormundschaft die Vergütung des Vormundes festzusetzen. DJZ. **14** 106 (Stuttgart) betrifft die Bewilligung einer Vergütung für ein Mitglied des Gläubigerausschusses, also einen anders gelagerten Fall. — War die Mühewaltung des Vormundes erheblich, so kann die Vergütung festgesetzt werden, wenn das verwaltete Vermögen zwar nicht groß, aber doch nicht ganz unbeträchtlich war und jedenfalls nach Abzug der Vergütung für den Mündel noch ein nicht unerheblicher Teil verblieben ist. — Die Festsetzung der Höhe der Vergütung kann mit der weiteren Beschwerde nicht angegriffen werden. Die Erklärung des Vormundes, daß er eine Vergütung nicht beanspruche, wenn der Mündel von ihm aus seinem Vermögen keine Zahlung verlange, enthält ebensowenig wie die Nichtaufnahme der Vergütung in die Schlußrechnung einen Verzicht auf die Vergütung.

3. Zusage einer Vergütung für die Zukunft. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **12** Ziff. 3 zu § 1836 — auch RJA. **13** 81, BayObLG. **14** 432, KGJ. **46** A 247.

4. Vermögen im Sinne des Abs. 1 Satz 3. KGJ. **45** A 44, RJA. **13** 167 (KG.). Unter „Vermögen" im Sinne des § 1836 Abs. 1 Satz 3 ist das bisher von dem Vormunde verwaltete Aktivvermögen des Mündels zu verstehen. Ist über das Vermögen des Mündels der Konkurs eröffnet, so gehört der Anspruch des Vormundes auf die Vergütung, wenn diese erst nach der Konkurseröffnung festgesetzt und erst damit zur Entstehung gelangt ist (KGJ. **27** A 180, JDR. **3** Ziff. 1a zu § 1836), nicht zu den Konkursforderungen im Sinne des § 3 KO. Wenn hiernach auch eine Befriedigung der Vergütungsforderung aus der Konkursmasse voraussichtlich nicht zu erwarten ist, so ist dieser Umstand zwar kein grundsätzliches Hindernis ihrer Festsetzung, doch kann die Ablehnung der Festsetzung angemessen sein, wenn nach Lage der Sache auf eine Befriedigung der Vergütungsforderung aus sonstigen (gegenwärtigen oder künftigen) Mitteln des Mündels nicht zu rechnen ist.

5. Vgl. oben **RG.** BayRpflZ. **14** 150 zu § 1774. (Keine Festsetzung durch das Prozeßgericht.)

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

§ 1837. I. Machtbereich des Vormundschaftsgerichts. HessRspr. **15** 218 (Darmstadt). Das Vormundschaftsgericht ist nicht berechtigt, zum

Zwecke der Ermittlung des Vaters eines unehelichen Kindes Zeugen zu vernehmen (**RG.** JW. **11** 781, R. **11** Nr. 2964, DJZ. **05** 748, SeuffA. **60** 453).

II. Beistandsleistung. 1. KGJ. **46** A 114. Die Polizeibehörde kann bei Vornahme der ihr nach § 24 PStG. obliegenden Ermittlungen im Interesse des aufgefundenen Kindes, insbesondere zur Feststellung seines vermutlichen Alters, die Unterstützung des Vormundschaftsgerichts, bei dem das Kind bevormundet wird, in Anspruch nehmen. Bei Ablehnung eines darauf gerichteten Ersuchens steht ihr ein Beschwerderecht zu.

2. KGJ. **46** A 80. Das Vormundschaftsgericht ist verpflichtet, auf Ersuchen der Verwaltungsbehörde (Nr. 4 des Allerh. Erl., betr. die Erteilung der Genehmigung zu Namensänderungen vom 12. Juli 1867, GS. 1310, u. ZirkErl. des PrMin. d. Inn. vom 9. August 1867, MBliV. 246) zu erklären, ob dem Antrage, die Änderung des Namens eines bevormundeten Minderjährigen zu genehmigen, vom Standpunkte des Vormundschaftsrechts Bedenken entgegenstehen (§ 38 PrVO. vom 2. Januar 1849, GS. 1).

3. a) FürsZBl. **6** 107 (KG.). Der Vormund ist nicht berechtigt, unmittelbare Ersuchen an die Gerichte um Vernehmung über die Anerkennung der Vaterschaft und Zahlung von Unterhaltskosten zu richten, er hat sich vielmehr dazu der Unterstützung durch das zuständige Vormundschaftsgericht zu bedienen. Dies gilt auch von dem Berufsvormund, er müßte denn, wie nach Art. 78 § 4 PrAGBGB., ein Beamter der Gemeindeverwaltung sein, der als solcher berechtigt ist, eine andere Behörde um Beistandsleistung bei der Verrichtung seiner Dienstgeschäfte zu ersuchen (KGJ. **42** A 39). **b**) Dazu die Bemerkungen von Tomforde, FürsZBl. **6** 100, über die Beistandsleistung der Gerichte anderer Bundesstaaten gegenüber Ersuchen behördlicher Berufsvormünder um Beistandsleistung.

III. Einschreiten gegen Pflichtwidrigkeiten. 1. BayRpflZ. **14** 306, R. **14** Nr. 2687 (BayObLG.). Das Vormundschaftsgericht ist berechtigt, den Vormund anzuweisen, eine Klage nach § 697 ZPO. zu erheben, wenn seine Weigerung, die Wiederaufhebung der Entmündigung zu betreiben, eine Pflichtwidrigkeit enthielte.

2. WürttZ. **14** 199 (Stuttgart). Es enthält keine Pflichtwidrigkeit des Vormundes, wenn dieser mit der Armenbehörde eine Vereinbarung dahin trifft, daß diese dem (armen) Mündel den Unterhalt gewährt und der Vormund hierzu aus dem Vermögen des Mündels, z. B. einer dem Mündel zustehenden Waisenrente, einen Beitrag leistet, sofern nur der Unterstützte selbst daneben keine eigenen Aufwendungen für seinen Unterhalt mehr zu machen hat.

§§ 1837, 1838. ElsLothJZ. **14** 480 (Colmar). Die Ansicht, daß der Vormund auch bei Regelung der Erziehung eines Mündels so selbständig wie der Inhaber der elterlichen Gewalt gestellt sei, wird der Vorschrift des § 1838 nicht gerecht. Gerade über die Zweckmäßigkeit der Unterbringung des Mündels in einer Besserungsanstalt entscheidet letzten Endes nicht das freie Ermessen des Vormundes, sondern das des Vormundschaftsgerichts. Daraus ist aber zu folgern (vgl. RGRKomm. Anm. 1), daß das Vormundschaftsgericht, anstatt die tief einschneidenden Maßregeln des § 1838 anzuordnen, sich auch darauf beschränken kann, den Vormund zunächst bindend anzuweisen, andere weniger ernste Erziehungsmaßregeln vorzunehmen, wenn es solche für ausreichend erachtet (ZBlFG. **5** 260, OLG. **12** 346, JDR. **5** Ziff. 2 zu § 1837).

§ 1839. Die Entsch. des KG. — JDR. **12** zu § 1839 — (Art der zu erteilenden Auskunft) auch KGJ. **45** A 63, RJA. **13** 70, OLG. **29** 294, WürttZ. **14** 202, R. **14** Nr. 2094.

§ 1846. 1. FürsZBl. **6** 95 (Darmstadt). Der § 1846 ist nicht verletzt, wenn das Vormundschaftsgericht es ablehnt, gegen den Bruder des Mündelvaters,

der eine Angabe über dessen Aufenthalt verweigert hat, das Zeugniszwangsverfahren einzuleiten. Die Ermittlung des Vaters oder seines Aufenthaltsorts ist Aufgabe des Vormundes, nicht des Vormundschaftsgerichts (**RG.** JW. 11 781).

2. a) Frese, ZBlFG. **15** 285 — gegen Köhne, FürsZBl. **6** 125 — (Wie hat das Vormundschaftsgericht für Bevormundete zu sorgen, deren Vormünder im Kriege sind?). Aus § 1846 darf nicht gefolgert werden, daß im Grundsatze dem Vormundschaftsgericht allgemein die Vertretungsbefugnis zustehe. Ist der Vormund an der Vertretung verhindert, so muß entsprechend der Regelvorschrift des § 1909 BGB. ein Pfleger bestellt werden, dem die Vertretung des Mündels obliegt. Nicht unzulässig ist es, für die Dauer der Behinderung des Vormundes dem Mündel einen Pfleger zur Wahrnehmung der Sorge für seine Person und sein Vermögen zu bestellen. Durch Vollmacht kann der Vormund seine Vertretungsmacht und damit sein Amt auf einen anderen nicht übertragen. b) Stern, DJZ. **14** 1104, hält es für unzulässig, allgemein (entsprechend § 1910) an Stelle des behinderten Vormundes einen Pfleger zu bestellen. c) Ebenso Josef, ZBlFG. **15** 453, 460.

§ 1847. Vgl. oben Ziff. 4 zu § 1673 (Entlassung des Mündels aus dem Staatsverbande).

§ 1848. **RG.** 84 92, JW. **14** 472, DJZ. **14** 506, LeipzZ. **14** 1116, R. **14** Nr. 786 u. S. 271. Der Vormundschaftsrichter haftet nach § 839 BGB., wenn er in einer von ihm eingeleiteten Pflegschaftssache bei der Prüfung der Mündelsicherheit einer aus der Pflegschaftsmasse hingegebenen Hypothek sich mit der Taxe eines gerichtlich vereidigten Taxators begnügt hat, statt eine gerichtliche Taxe zu fordern (Art. 73, 2 PrAGBGB.), demnächst aber die Hypothek bei der Zwangsversteigerung ausgefallen ist. Der Umstand, daß später die Pflegschaft als nicht zu Recht bestehend aufgehoben worden ist, läßt für die Zeit vor der Aufhebung die Pflichten des Vormundschaftsrichters und seine aus der Verletzung dieser Pflichten sich ergebenden Verbindlichkeiten unberührt. Die Anordnung der Pflegschaft hat als rechtsbegründende Handlung der Staatsgewalt für den Rechtskreis der Beteiligten die Pflichten des Vormundschaftsrichters entstehen lassen, den Beteiligten ein Recht auf Erfüllung dieser Pflichten gegeben und sie der Ausübung der Pflichten durch den Vormundschaftsrichter unterworfen.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

§ 1849. 1. a) In Baden ist das RechtspolizeiG. vom 17. Juni 1899 in den §§ 5, 10, 11, 12 durch G. vom 17. Juli 1914 im wesentlichen dahin geändert worden, daß zu Gemeindewaisenräten und Waisenpflegern auch Frauen ernannt werden können und über die Waisenratskommissionen neue Bestimmungen ergangen sind. b) Vgl. die Besprechung von Müller, BadNotZ. **14** 79.

2. Lübeck, Nachtrag zum AGBGB. vom 23. Januar 1914 (Änderungen des § 122 u. § 126 des AGBGB. vom 30. Oktober 1899), abgedr. FürsZBl. **6** 12.

§ 1850. S. oben KGJ. **45** A 34 zu § 1675 BGB. und Werner, Ziff. I 3 zu § 1773 BGB.

VI. Familienrat.

§ 1859. LeipzZ. **14** 1347 (KG.) — Mitteilung von Strucksberg —. Ist ein Familienrat auf Grund des § 1859 eingesetzt worden, weil seinerzeit der Vormundschaftsrichter die Einsetzung für angemessen erachtet hat, so kann dieser Familienrat nicht schon deshalb wieder aufgehoben werden, weil es sich später herausstellt, daß er nicht angemessen ist.

§ 1878. LeipzZ. **14** 1347 (KG.) — Mitteilung von Strucksberg —. Zur Entlassung eines Familienratsmitglieds genügt es, wenn aus irgendwelchen Gründen durch seine Beibehaltung im Amte den Mündelinteressen gegenwärtig eine Gefahr droht. Dies kann darin gefunden werden, daß das Mitglied des Familienrats dem Vormunde gegenüber sich ungebührlich oder feindlich verhält und diesem sein Amt derart verleidet, daß, um seine dem Mündel nützlichen Dienste zu erhalten, nichts anderes übrig bleibt, als das Familienratsmitglied zu entlassen. Eine Gefährdung der Mündelinteressen kann auch dann vorliegen, wenn dem Familienrate die nötige Objektivität in der Beurteilung der vormundschaftlichen Verhältnisse fehlt, insbesondere wenn er persönliche Interessen hat und bei der Fassung von Familienschlüssen die im Interesse des Mündels geschaffenen Kautelen, z. B. die Anhörung des Gegenvormundes geflissentlich außer acht gelassen hat.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

§ 1886. I. Beschwerde gegen die Androhung der Entlassung. Josef, FürsZBl. **6** 111, gegen KGJ. **44** A 34, JDR. **12** Ziff. 5 zu § 1886. Dem Vormunde steht gegen die Verfügung, durch die ihm die Entlassung angedroht wird, die Beschwerde zu, mit der er geltend macht, daß die Verfügung durch das Gesetz oder die Sachlage nicht gerechtfertigt werde. Hat er die Beschwerde gegen die Androhung eingelegt, so kann das Vormundschaftsgericht ihn grundsätzlich vor Erlaß der Beschwerdeentscheidung nicht entlassen. Spricht das Vormundschaftsgericht demzuwider die Entlassung aus und erhebt der Vormund die sofortige Beschwerde, so verliert die von ihm gegen die Androhung eingelegte Beschwerde ihre selbständige Bedeutung, und es ist nur über die gegen die Entlassung selbst eingelegte Beschwerde zu entscheiden. Legt der Vormund gegen die Entlassung Beschwerde nicht ein und erachtet das Beschwerdegericht die Androhung der Entlassung für ungerechtfertigt, so hat das Vormundschaftsgericht in Ausführung dieser Beschwerdeentscheidung den entlassenen Vormund von neuem zu bestellen.

II. Entlassungsgründe. 1. BayObLG. **15** 341, DJZ. **14** 445 (BayObLG.). Ein Vormund kann nicht nur wegen pflichtwidrigen Verhaltens, sondern überhaupt dann entlassen werden, wenn die Fortführung des Amtes durch ihn das Interesse des Mündels gefährden würde.

2. SeuffA. **69** 404, R. **14** Nr. 1854 (Hamburg). Auch Tatsachen, die sich vor der Bestellung des Vormundes ereignet haben, können einen Grund zu seiner Entlassung abgeben.

3. Religiöse Bedenken gegen die Annahme des Mündels an Kindes Statt. **RG.** HansGZ. **14** Beibl. 233 hat es abgelehnt, in einer ihm von dem OLG. Hamburg vorgelegten Sache, in der dieses von KGJ. **44** A 36, R. **13** Nr. 247 — JDR. **12** Ziff. 1 zu § 1886 — abweichen will, eine Entscheidung zu treffen, da es sich rechtlich um eine von der früheren verschiedene Sach- und Rechtslage handle. Das RG. verwirft die Auffassung des OLG. Hamburg, daß das KG. in seinem Beschlusse nur geprüft habe, ob vom subjektiven Standpunkte des Vormundes aus betrachtet eine Interessengefährdung des Kindes vorliege, indem es die Begründung des KG. dahin versteht, daß, um die Entlassung des Vormundes zu rechtfertigen, auch dem KG. eine objektive Interessengefährdung genüge, wobei nur bestimmte Anhaltspunkte für die Frage, wann eine solche anzunehmen sei, an die Hand gegeben worden seien.

III. Standesherrliche Vormundschaft. BayObLG. **15** 341, R. **14** 624 (BayObLG.). Unüberwindliche Gegensätze zwischen dem als Vormund aufgestellten Familienmitglied und dem Familienhaupte können zur Entlassung des Vormundes führen, wenn dadurch die Erziehung des Mündels ungünstig beeinflußt wird.

§ 1889. KGJ. **46** A 83. Es ist keine Gesetzesverletzung, wenn das Vormundschaftsgericht in dem Umstande, daß der Mündel infolge der Durchführung der Fürsorgeerziehung in weiter Entfernung vom Sitze des Vormundschaftsgerichts und vom Wohnsitze des Vormundes untergebracht wird, keinen wichtigen Grund im Sinne des § 1889 erblickt und den Antrag auf Entlassung des Vormundes zurückweist.

§ 1892. WürttZ. **14** 302 (Stuttgart). Die Rechtshilfe wegen Abnahme einer Schlußrechnung des Pflegers kann nicht mit der Begründung verweigert werden, daß die Pflegschaft ohne gesetzlichen Grund weitergeführt worden sei. Es ist nicht Aufgabe des Vormundschaftsgerichts, einen Verzicht auf die Rechnungslegung oder die Ausfolge des verwalteten Vermögens zu veranlassen, doch kann es bei der Ausfolge die Beteiligten beraten und ihnen beistehen.

§ 1893. HessRspr. **15** 126 (Darmstadt). Nach Aufhebung der Vormundschaft kann die Rückgabe der Bestallung und Dienstanweisung nicht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden.

§§ 1893, 1895. *Schultheis, ZBlFG. **15** 160, spricht sich für Anwendung der §§ 1895, 1893, 1682 auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung aus: Die in §§ 1893, 1682 für den gesetzlichen Vertreter bestimmte Fortdauer der Vertretungsbefugnis, die nach § 1895 auf den Wirkungskreis des Gegenvormundes ausgedehnt ist, muß auch auf die Möglichkeit obervormundschaftlicher Genehmigungen erstreckt werden (Anwendung des § 1895 wegen wesentlich gleicher rechtlicher Bedeutung beider Genehmigungen). Guter Glaube des Vormundschaftsrichters ist jedoch nicht nötig. Wenn der Richter die Beendigung hätte kennen müssen, etwa eine zu den Akten eingegangene Todesnachricht übersehen, insbesondere auch nicht dem Vormunde mitgeteilt hat, so würde der Vormund nach §§ 1893, 1682 selbst rechtswirksam handeln (nach erteilter Genehmigung das Rechtsgeschäft vornehmen, das vorher bereits geschlossene durch Mitteilung der Genehmigung zur Perfektion bringen) können, die Rechtsgültigkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung vorausgesetzt. Diese würde sich aber aus den erwähnten Vorschriften nicht herleiten lassen, vielmehr müßte, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hier ebenso wie die des Gegenvormundes zu behandeln ist, jene Genehmigung der Rechtswirksamkeit entbehren, da der Vormundschaftsrichter die Beendigung der Vormundschaft hätte kennen müssen. Es greift hier aber die Eigenschaft der obervormundschaftlichen Genehmigung als behördlicher Verfügung durch. Als Verfügung des sachlich zuständigen Gerichts ist sie so lange wirksam, bis sie wieder aufgehoben wird, eine Aufhebung ist aber nach § 55 FGG. nicht mehr möglich, wenn die Genehmigung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist; jedenfalls hätte auch schon nach § 32 FGG. die Aufhebung keine Wirkung mehr gegenüber dem Dritten. Hat also der gutgläubige Vormund das obervormundschaftlich genehmigte Rechtsgeschäft abgeschlossen, so kann dasselbe nicht aus dem Grunde in Frage gestellt werden, daß die Genehmigung seitens des Richters nicht mehr hätte erteilt werden dürfen.

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

§ 1901. 1. KGJ. **45** A 67, RJA. **13** 185 (KG.). Ein wegen Trunksucht Entmündigter kann auf Grund des § 1838 weder zum Zwecke der Erziehung und Besserung in einer Besserungsanstalt untergebracht werden, denn er bedarf nicht der Erziehung, sondern der Heilung von dem krankhaften Hange zum übermäßigen Genusse geistiger Getränke, noch gewährt § 1838 oder § 1901 dem Vormundschaftsgerichte die Befugnis, die Unterbringung des Trunksüchtigen in einer Heilanstalt anzuordnen, denn ein dahin gehendes Bestimmungsrecht steht nur dem Vormunde zu (KGJ. **39** A 8, **43** A 67 = RJA. **12** 90, JDR. **9** Ziff. 4, **12** Ziff. 1 zu § 1901),

und das Vormundschaftsgericht hat sich darauf zu beschränken, gemäß §§ 1837, 1886 den Vormund bei solchen Maßnahmen zu beaufsichtigen und auf ihn einzuwirken.

2. Die Entsch. des KG. — IDR. **12** Ziff. 2 zu § 1901 — auch RJA. **13** 67.

§ 1906. Literatur: Hagemann, Die Bedeutung der vorläufigen Vormundschaft für das Entmündigungsverfahren, FürsZBl. **6** 113.

KGJ. **46** A 94, R. **14** Nr. 2689 (KG.). Hat eine Ehefrau beantragt, ihren Ehemann wegen Trunksucht zu entmündigen, so kann die im Anschlusse hieran ergangene Anordnung, durch die ihr Mann unter vorläufige Vormundschaft gestellt wird, nicht an die Ehefrau im Wege der Ersatzzustellung (§§ 208, 181 ZPO.) zugestellt werden. § 185 ZPO. findet entsprechende Anwendung.

§§ 1906–1908. *Schaefer, Die vorläufige Vormundschaft (Mainz 1914), macht folgende Vorschläge: 1. Dem Entmündigungsrichter soll es gesetzlich zur Pflicht gemacht werden, dem Vormundschaftsrichter die Zurücknahme des Entmündigungsantrags oder dessen Abweisung mitzuteilen (74). 2. Der § 657 ZPO. ist dahin abzuändern, daß der Entmündigungsrichter verpflichtet ist, den Vormundschaftsrichter schlechthin von jedem Entmündigungsantrag in Kenntnis zu setzen (78). 3. Das Recht zur Stellung des Entmündigungsantrags ist auch nahen Verschwägerten einzuräumen (95; vgl. § 646 ZPO.). 4. Der zu Entmündigende ist vor Anordnung der vorläufigen Vormundschaft persönlich zu hören, vorausgesetzt, daß eine Vernehmung nicht mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden oder von ihr eine Gefährdung der Gesundheit des zu Entmündigenden zu besorgen ist (96). 5. Der Kreis der vormundschaftlich zu genehmigenden Rechtsgeschäfte ist für den Fall der vorläufigen Vormundschaft zu erweitern, die vorgeschriebene Zustimmung des Vormundschaftsgerichts nur bei Unaufschiebbarkeit des Rechtsgeschäfts zu erteilen (98). 6. Für die Zeit der Dauer der vorläufigen Vormundschaft soll nur den von dem vorläufigen Vormunde getätigten Rechtsgeschäften Wirksamkeit zukommen (99, 100; anders § 115 Abs. 2 BGB.). 7. In den Fällen der §§ 658 und 682 ZPO. sollen, wenn die Entmündigung nicht ausgesprochen wird, die Kosten des Verfahrens den Antragsteller treffen (101). 8. Wird ein für das Entmündigungsverfahren unzuständiges Gericht angerufen, so soll entsprechend der Vorschrift des § 11 FGG. dem unzuständigen Entmündigungsrichter die Überweisung des Antrags an das zuständige Gericht zur Pflicht gemacht werden.

Dritter Titel. Pflegschaft.

§ 1909. 1. a) NaumburgAK. **14** 24 (LG. Magdeburg). Das Vormundschaftsgericht hat, wenn bei ihm die Bestellung eines Pflegers zur Erhebung der im Namen des Kindes anzustrengenden Unterhaltsklage beantragt wird, nicht zu entscheiden, ob die Klage Aussicht auf Erfolg hat. b) Josef, ZBlFG. **14** 651, gegen Levis, ZBlFG. **12** 648, IDR. **12** Ziff. I 1 zu § 1909. Wird die Einleitung einer Pflegschaft zum Zwecke eines von dem Mündel (Kind) oder gegen ihn einzuklagenden Anspruchs angeregt, so steht dem Vormundschaftsgerichte nicht die Prüfung zu, ob der Anspruch zu Recht besteht. Wohl aber hat das Vormundschaftsgericht festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 1909 tatsächlich vorliegen, d. h. ob eine Angelegenheit des Mündels überhaupt zu besorgen ist. Dies ist schon zu bejahen, wenn nach dem Ergebnisse der von dem Vormundschaftsgericht angestellten Ermittlungen das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs nicht unglaubhaft erscheint. In diesem Falle darf das Vormundschaftsgericht die Pflegschaftsanordnungen nicht aus Erwägungen, die die voraussichtliche Durchführbarkeit des Anspruchs zum Gegenstande haben, ablehnen.

2. BayObLG. **15** 321, R. **14** Nr. 2688 (BayObLG.). Wird dem Ehemanne für seine Person ein Pfleger bestellt, so ist dies eine in die Verhältnisse der Ehe so

tief einschneidende Maßnahme, daß aus § 1353 das Recht der Ehefrau abzuleiten ist, vor Anordnung der Maßnahme gehört zu werden (§ 12 FGG.). — Vgl. auch unten zu § 1915.

§ 1911 I. Voraussetzung der Bestellung eines Abwesenheitspflegers. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **12** Ziff. 3 zu § 1911 — (Zulässigkeit trotz Ablaufs der Lebensvermutung) auch BayObLG. **14** 632, SeuffA. **69** 305, RJA. **13** 176, R. **14** Nr. 787, 788.

2. BayObLG. **14** 477, OLG. **28** 329 (BayObLG.). Der Antrag auf Bestellung eines Abwesenheitspflegers kann nicht ohne weiteres deshalb abgewiesen werden, weil der Antragsteller den Nachweis der Abwesenheit nicht geführt habe.

3. R. **14** Nr. 2485 (BayObLG.). Der Antrag eines Gläubigers auf Bestellung eines Abwesenheitspflegers ist zurückzuweisen, wenn der Pfleger nach der Sachlage nur den Antrag auf Konkurseröffnung stellen könnte, wozu der Gläubiger selbst in der Lage ist. Das Interesse des Gläubigers an der Hintanhaltung des Konkurses und der freihändigen Verwertung des vorhandenen Vermögens kommt nicht in Betracht.

4. BayRpflZ. **14** 305, R. **14** Nr. 2486 (BayObLG.). Ein Abwesenheitspfleger ist auch auf Antrag eines Gläubigers nicht zu bestellen, wenn der Abwesende offensichtlich sich um seine Vermögensangelegenheiten nicht mehr kümmern will, obwohl er dies könnte.

5. **a)** R. **15** Nr. 229 (KG.). Ob ein Kriegsteilnehmer an der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten verhindert ist (§ 1911 Abs. 2), ist nur nach Lage des einzelnen Falles zu ermessen. In Betracht kommt, ob der Abwesende an den kriegerischen Operationen unmittelbar beteiligt oder etwa nur im Inland, im Garnisondienst, in einem Gefangenenlager tätig und in der Lage ist, einen Bevollmächtigten zu bestellen. Auch wenn ein Bevollmächtigter bestellt ist, kann das Bedürfnis für eine Abwesenheitspflegschaft hervortreten, z. B. wenn sich die von dem Abwesenden getroffene Fürsorge als unzureichend erweist, etwa infolge des Verhaltens des Beauftragten oder Bevollmächtigten, der unter Mißbrauch des Auftrags oder der Vollmacht zu wirtschaftlichen Maßnahmen schreitet, die den Abwesenden schwer zu benachteiligen geeignet sind. **b)** Jörissen, DRZ. **14** 888, teilt das Ergebnis von Beratungen mit, die an leitenden Stellen über die Frage stattgefunden haben, ob eine Geschäftsaufsicht über solche Geschäfte von Heerespflichtigen zu ermöglichen sei, die ohne Unterbrechung durch Stellvertreter weitergeführt werden. Dabei sind sämtliche beteiligten Behörden sich darüber einig gewesen, daß überall da, wo die unsachgemäße Fortführung des Geschäfts — Nichteinziehung von Außenständen, ungeregelter Verkauf der Waren, überhaupt mangelhafte Geschäftsführung — auch eine Schädigung des abwesenden Schuldners selbst zur Folge haben könne, was besonders angenommen werden müsse, wenn Verschiebungen, Verschleppungen und Verschleuderungen stattfinden, eine Abwesenheitspflegschaft im Sinne des § 1911 angebracht erscheine.

II. Beschwerderecht des Gläubigers. 1. R. **14** Nr. 1699 (KG.). Die Bestellung eines Abwesenheitspflegers kann von einem Gläubiger des Abwesenden mit der Beschwerde nicht angefochten werden, denn ein diesem zustehendes Recht (§ 20 FGG.) wird durch die Bestellung des Abwesenheitspflegers nicht beeinträchtigt.

2. R. **15** Nr. 229 (KG.). Lehnt das Vormundschaftsgericht es ab, einem im Felde stehenden Schuldner einen Abwesenheitspfleger zu bestellen, so steht dagegen einem Gläubiger, der die Bestellung in Anregung gebracht hat, ein Beschwerderecht nicht zu, denn ihm fehlt für die Beschwerdebefugnis das „rechtliche Interesse" im Sinne des § 57 Abs. 1 Ziff. 3 FGG.

III. Rechtsstellung des Abwesenheitspflegers. 1. Gegenüber einem Gläubiger des Abwesenden. Werner, BayRpflZ. **14** 310 (gegen ein von ihm mitgeteiltes Urt. des LG. Bamberg). Bei der Abwesenheitspflegschaft ist der Pflegebefohlene als solcher in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt. Er kann also jederzeit das ihm gehörige Vermögen vom Pfleger verlangen, gleichgültig, ob die Pflegschaft aufgehoben ist oder nicht. Deshalb kann auch sein Gläubiger den ihm (dem Abwesenden) gegen den Pfleger zustehenden Anspruch auf Herausgabe des Vermögens pfänden und sich überweisen lassen. (Im Gegensatze hierzu sieht das LG. den Abwesenheitspfleger als den gesetzlichen Vertreter des Schuldners an, gegen den die Zwangsvollstreckung wie gegen den Schuldner zu betreiben sei und der erst nach Beendigung der Abwesenheitspflegschaft das von ihm verwaltete Vermögen herauszugeben brauche.)

2. Zur Erwirkung eines Erbscheins. Vgl. unten Ziff. III 1 zu § 2353 BGB.

IV. Güterpflege. 1. WürttZ. **14** 171, R. **14** Nr. 1338 (Stuttgart). In Sachen einer Güterpflege, die nach §§ 356—360 MStGO. über das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen eines Fahnenflüchtigen verhängt ist, ist der militärische Gerichtsherr beschwerdeberechtigt. Vgl. JDR. **12** Ziff. 4.

2. Baden. VO., das Verfahren bei Vermögensbeschlagnahmen betr., vom 23. Februar 1914 (GVBl. 67). Die Güterpflege nach § 334 Abs. 2 (§ 480) StPO. leitet das Vormundschaftsgericht in der Form als Abwesenheitspflegschaft ein (§ 39 FGG.). Solange der Angeschuldigte kein Vermögen besitzt, kann die Einleitung der Pflegschaft unterbleiben.

§ 1913. 1. SchlHolstAnz. **14** 265 (LG. Flensburg). Ist Pflegschaftsvermögen mit der Bestimmung hinterlegt, daß die Herausgabe nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangt werden kann, so bedarf der für die unbekannten Berechtigten bestellte Pfleger der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur zur Abhebung des Vermögens. Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung nur verweigern, wenn der Pfleger mit dem abgehobenen Vermögen pflichtwidrig verfahren will. Eine solche Pflichtwidrigkeit ist nicht schon darin zu finden, daß der Pfleger das Vermögen an denjenigen, der nach seiner Ermittlung der Berechtigte ist, aushändigen will, das Vormundschaftsgericht aber Zweifel hegt, ob der Ermittelte der wirklich Berechtigte ist.

2. KGJ. **46** A 97 (KG.). Ist in einem Testamente die eheliche Deszendenz eines Vorerben als Nacherbe eingesetzt und soll nach der Absicht des Erblassers erst dann wenn der Vorerbe gestorben ist, sich entscheiden, wer wirklich Nacherbe wird, so kann eine Pflegschaft für die etwaige zukünftige Deszendenz auch dann eingeleitet werden, wenn der Vorerbe die Erbschaft ausschlägt. Hat der die Erbschaft ausschlagende Vorerbe zur Zeit des Erbfalls keine eheliche Deszendenz, so kann diese nicht Ersatzerbe werden (§ 2096); das Nacherbrecht der Deszendenz oder der Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge wird aber dadurch nicht berührt.

§ 1915. BayObLG. **15** 321. Wenn das Hausgesetz eines bayerischen standesherrlichen Hauses nur Bestimmungen über die Vormundschaften und die Auswahl des Vormundes und nicht über Pflegschaften und die Auswahl des Pflegers trifft, so kann bei der Anordnung einer Pflegschaft über das nicht hausgesetzlich vermählte Haupt des Hauses seiner Gemahlin zwar nicht die Sorge für das Vermögen, wohl aber die Sorge für die Person ihres Gemahls übertragen werden. Es muß dies aber nicht geschehen, sondern liegt im Ermessen des Vormundschaftsgerichts, das nach den obwaltenden Verhältnissen auch davon absehen kann. Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 1909.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Literatur: Finger, Das Bremer Zivilrecht. Zweiter Teil: Das Bremer Ehe- und Erbrecht. — Krasnopolski, Lehrbuch des österr. Privatrechts. Aus dessen Nachlasse herausg. u. bearbeitet von Kafka. Bd. 5: Erbrecht. München 1914. — Staudinger, Kommentar zum BGB. u. dem EG. Bd. 5 (bearbeitet von Herzfelder). 7./8. Aufl. 1914. — Strohal, Grundriß des deutschen Erbrechts. Berlin 1914. — Weißler, DNotV. **14** 277, berichtet über neue literarische Erscheinungen in Nachlaßsachen.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

§ 1931. Märkisches Provinzialrecht (Erbschaftsedikt vom 30. April 1765). R. **14** 623 (KG.). Die Erklärung, die der überlebende märkische Ehegatte über die Art der Ausübung seines Wahlrechts (Einwerfung oder Zurücknahme seines Vermögens) abgibt, kann von ihm oder seinen Erben nicht widerrufen werden, und zwar auch dann nicht, wenn er sie abgegeben hat, bevor ihm das Nachlaßgericht zur Abgabe der Erklärung eine Frist nach Art. 46 § 4 PrAGBGB. bestimmt hatte.

§ 1942. WürttZ. **14** 171, R. **14** Nr. 1435 (Stuttgart). Der im Auslande weilende Fahnenflüchtige, über dessen im Deutschen Reiche befindliches Vermögen nach § 361 MStGO. die Beschlagnahme verhängt ist, kann nichtsdestoweniger rechtswirksam eine ihm im Inland angefallene Erbschaft ausschlagen.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

Vorbemerkung: Die Rechtsstellung des vorläufigen Erben ist von Josef, BuschsZ. **44** 478 (zu § 1958), das Wesen der Nachlaßpflegschaft von Koeßler, JheringsJ. **64** 412 (Ziff. I zu § 1960), behandelt. Hervorzuheben ist ferner die Entsch. KGJ. **45** A 106 (Ziff. III 1 zu § 1960), die in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung des KG. die Einleitung einer Nachlaßpflegschaft in geeigneten Fällen auch dann für zulässig erachtet, wenn ungewiß ist, wer von mehreren bekannten Personen, die die Erbschaft angenommen haben, Erbe ist.

§ 1946. BadNotZ. **14** 57 (Not. Mannheim VII). Der Erbantritt kann nicht durch einen Bevollmächtigten erklärt werden, wenn der Bevollmächtigte für seine Vertretungsbefugnis sich darauf beruft, daß der Vollmachtgeber dem Erblasser Vollmacht erteilt und dieser zu seinen Lebzeiten sie dem Bevollmächtigten übertragen habe.

§ 1956. BadRpr. **14** 67 (Karlsruhe). Hat der Erbe die Ausschlagungserklärung vor einer sachlich unzuständigen Behörde, die sich selbst irrtümlich für zuständig gehalten hat (zum Protokolle des Bürgermeisters), auf deren Veranlassung abgegeben und, hierauf vertrauend, eine formgerechte Erklärung innerhalb der Frist abzugeben unterlassen, so kann er die Versäumung der Ausschlagungsfrist anfechten. Die **RG. 58** 81, JDR. **3** zu § 1956, hervorgehobene Gefahr, es könne bei allgemeiner Zulassung der Anfechtung dieser Rechtsbehelf dazu benutzt werden, um den Folgen einer falschen Berechnung zu entgehen, besteht in einem Falle der vorliegenden Art nicht.

§ 1958. Josef, Rechtsstellung des vorläufigen Erben, BuschsZ. **44** 478. § 1958 trifft nach seinem Wortlaut auch zu auf Ansprüche, die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegen den Erben selbst oder in Fortsetzung des gegen den Erblasser begonnenen Verfahrens geltend gemacht werden; mindestens ist § 1958 entsprechend anzuwenden. Ist dem zuwider eine solche Anordnung vor diesem Zeitpunkte wirksam geworden (§ 16 FGG.), und schlägt sodann der vorläufige Erbe rechtzeitig die Erbschaft aus, so folgt aus § 1953, daß die Anordnung gegen den Nachberufenen nicht bindend, folglich nach § 18

FGG. aufzuheben ist. Gleiches gilt, wenn eine Nachlaßverwaltung vor der Erbschaftsannahme angeordnet ist, der vorläufige Erbe aber sodann die Erbschaft ausschlägt. Aus der Anwendbarkeit des § 1958 folgt ferner, daß das Gericht Anträge auf Zwangsvollziehung gegen den vorläufigen Erben abzuweisen hat. — Da der berufene Erbe auch während der Ausschlagungsfrist bereits Erbe ist und lediglich die Möglichkeit des rückwirkenden Verlustes der Erbeneigenschaft besteht, so kann er auch während der Frist bereits Ansprüche beim Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltend machen; er hat hierzu dem Gerichte nachzuweisen, daß er zur Erbschaft berufen ist. Regelmäßig aber liegt in der Stellung solcher Anträge die Erbschaftsannahme durch schlüssige Handlungen. Insoweit dies ausnahmsweise nicht der Fall ist und der vorläufige Erbe noch fristgemäß ausschlägt, folgt wieder aus § 1953, daß die von ihm erwirkten Maßnahmen, z. B. die auf seinen Antrag angeordnete Nachlaßverwaltung, gegen den Nachberufenen nicht bindend sind, wohl aber kann dieser sie, da sie für den, der Erbe wird, erfolgt gelten, nachträglich genehmigen (§ 1959 Abs. 1), so, indem er aus ihnen für sich Rechte herleitet. Schlägt der vorläufige Erbe die Erbschaft aus, noch bevor die von ihm beantragte Verfügung wirksam geworden, so ist grundsätzlich das Verfahren erledigt, unbeschadet der Befugnis des Gerichts, durch eine Zwischenentscheidung oder Aussetzung des Verfahrens die veränderte Sachlage zu berücksichtigen. (Vgl. ferner zu §§ 1975 ff. und Ziff. III zu § 2353.)

§ 1960. I. *Koeßler, Das Wesen der Nachlaßpflegschaft, JheringsJ. **64** 412. Der Nachlaßpfleger ist den Erbschaftsgläubigern nicht minder als dem Erben für seine Geschäftsführung verantwortlich und hat ihnen für den ihnen schuldhaft zugefügten Schaden zum Nachlaß Ersatz zu leisten. Nichtsdestoweniger vertritt er nicht die Verlassenschaft, sondern den Erben, und zwar den endgültigen Erben. Doch beeinflußt der Umstand, daß die Nachlaßpflegschaft der Gesamtheit der Beteiligten dient, die Anwendbarkeit des § 278 BGB. Solange der Erbe noch nicht das Recht verloren hat, sein eigenes Vermögen von dem des Erblassers zu trennen, darf er es ablehnen, aus eigenen Mitteln den durch seinen Vertreter geschädigten Gläubigern Ersatz zu leisten. — Der Erbe haftet für das Verschulden des Nachlaßpflegers lediglich nach den Vorschriften über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

II. Bestellung eines Pflegers nach §§ 1960, 1911 oder 1913. *Häfele, WürttZ. **14** 1, 40, erörtert die Frage, in welcher Form für die Interessen eines zum Erben berufenen Abwesenden, für den die Lebensvermutung besteht, durch die Bestellung eines Pflegers am besten gesorgt werden könne, mit folgendem Ergebnisse: Die Nachlaßpflegschaft ist zur Abwicklung einer Nachlaßsache und damit für die Interessen des Abwesenden unzureichend. Die Abwesenheitspflegschaft geht weiter, als die Interessen des Abwesenden es bedingen, und zeitigt, als auf der spekulativen Grundlage der Lebensvermutung aufgebaut, unliebsame Folgen. Dagegen ist die Pflegschaft nach § 1913 ein zulässiger, sicherer und gefahrloser Weg. Die Frage ist allgemein von dem Gesichtspunkte des Bedürfnisses rechtspolizeilicher Fürsorge aus zu betrachten. Durch das Bestehen der Lebensvermutung wird die Notwendigkeit der Abwesenheitspflegschaft noch nicht begründet, vielmehr ist zu prüfen, ob die Interessen des Abwesenden diesen oder welchen anderen Umfang der Fürsorge rechtfertigen und erheischen.

III. Aus der Praxis. 1. Ungewißheit des Erben. KGJ. **45** A 106 (KG.) — in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung KGJ. **33** A 84, OLG. **18** 321, **24** 50, JDR. **6** Ziff. 1, **8** Ziff. 2, **10** Ziff. 2 zu § 1960 BGB. —. Der Erbe ist im Sinne des § 1960 auch dann unbekannt, wenn ungewiß ist, wer von mehreren bekannten Personen, welche die Erbschaft angenommen haben, Erbe ist. Für diese Auslegung (vgl. Leonhard, Anm. III A 2 zu § 1960) spricht das praktische Bedürfnis. Die Rechtsbehelfe der einst-

weiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO.), die nur im Verhältnisse der Erbprätendenten zueinander zulässig sind, versagen, wenn zum Schutze des Nachlasses ein Vorgehen gegen Dritte erforderlich ist. Auch im Falle des § 1961, in dem die Bestellung eines Nachlaßpflegers — abgesehen von dem Bedürfnisse der Fürsorge — an dieselbe Voraussetzung wie im Falle des § 1960 geknüpft ist, würde bei der gegenteiligen Auffassung der Nachlaßgläubiger nicht genügend geschützt sein, wenn ihm im Falle des Streites mehrerer bekannter Erbprätendenten das Recht auf Bestellung eines Nachlaßpflegers versagt würde. Das Bedürfnis der Bestellung eines Nachlaßpflegers wird allerdings regelmäßig dann zu verneinen sein, wenn zivilprozessuale Rechtsbehelfe zum Schutze der Interessen der Beteiligten ausreichen.

2. Nachlaßpflegschaft hinsichtlich eines Erbteils. KGJ. **45** A 106 (KG.). Liegen die Voraussetzungen des § 1960 nur hinsichtlich eines Erbteils vor, so darf der Nachlaßpfleger nur für diesen Erbteil bestellt werden, nicht für den ganzen Nachlaß (RJA. **7** 29, KGJ. **33** A 92, OLG. **5** 229, JDR. **5** Ziff. 2 zu § 1960, **6** Ziff. 1 zu § 2003 BGB.). Vgl. vorstehend zu Ziff. 1.

3. Rechtshilfe. BadRpr. **14** 138 (Karlsruhe) bejaht die Zulässigkeit der Rechtshilfe zum Zwecke der Vernehmung von Personen zur Feststellung, ob die Erben die Erbschaft ausschlagen oder nicht, oder ob eine Verfügung von Todes wegen vorhanden ist, mit Rücksicht auf die dem Nachlaßgerichte nach §§ 1960, 2259 obliegenden Verpflichtungen.

4. Vergütung des Nachlaßpflegers. a) Vgl. BayObLG. **14** 445, DJZ. **14** 1116 (BayObLG.), oben Ziff. II 1 b zu § 1836. b) **RG**. R. **14** Nr. 1548, 1582. Der in dem Verfahren ermittelte Erbe kann die Bezahlung der Vergütung des Nachlaßpflegers nicht mit der Begründung verweigern, daß seine Person bei Anordnung der Pflegschaft nicht unbekannt gewesen sei. Er kann aber nach Aufhebung der Pflegschaft die Herausgabe des Nachlasses verlangen ohne Rücksicht auf die dem Pfleger zustehende, aber noch nicht festgesetzte Vergütung.

5. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **12** Ziff. I zu § 1960 (Unterschied zwischen dem Nachlaßverzeichnisse des § 1960 und dem Inventare nach § 2003) — auch BayObLG. **14** 524.

IV. Haberstumpf, LeipzZ. **14** 372, teilt einen Bescheid des BayStaatsmin. f. Verkehrsangelegenheiten mit, der im Hinblick auf § 5 PostG. vom 28. Oktober 1871 auf die Anfrage eines Nachlaßpflegers eine Äußerung darüber ablehnt, ob eine an den Erblasser gerichtete Postanweisung vorliege. Empfohlen wird dem Nachlaßpfleger, nach § 39 PostO. vom 20. März 1900 der Postbehörde von der Übernahme seines Amtes Anzeige zu machen, worauf ihm diese alle für den Erblasser bestimmten Postsendungen aushändigen werde.

§ 1961. 1. KGJ. **46** A 128, KGBl. **15** 14 (KG.). Die von einem Nachlaßgläubiger wegen Unbekanntseins des Erben beantragte Anordnung der Nachlaßpflegschaft darf nicht abgelehnt werden, wenn dem Antragsteller wegen der Weitläufigkeit und Schwierigkeit der erbrechtlichen Verhältnisse in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung die Beschaffung der zur Erwirkung eines Erbscheins oder zur Führung des Nachweises der Passivlegitimation des im Prozeß als Erbe in Anspruch Genommenen erforderlichen Unterlagen nicht zugemutet werden kann oder wenn in einem solchen Falle begründete Zweifel bestehen, ob auf Grund der vorhandenen Unterlagen der Erbschein erteilt oder die Passivlegitimation als erwiesen angenommen werden würde. Es kommt auf die Umstände des einzelnen Falles an, KGJ. **29** A 206, JDR. **4** Ziff. 2 zu § 1960, vgl. auch OLG. **4** 420 (Rostock).

2. Josef, PosMSchr. **13** 129. Bei der Nachlaßpflegschaft aus § 1961, bei der der Gläubiger gerade in dieser Eigenschaft nicht die Nachlaßsicherung schlechthin,

sondern die Bestellung eines Pflegers beantragt, um seine Befriedigung noch vor der Ermittlung der Erben oder vor der Erbschaftsannahme zu erreichen, liegt nicht eine Anregung zur Tätigkeit von Amts wegen, sondern ein reines Antragsverfahren vor. Das Gericht kann daher von dem Gläubiger die Glaubhaftmachung seiner Forderung verlangen und bei Nichtbefolgung der Aufforderung den Antrag als in seinen Voraussetzungen nicht erwiesen abweisen.

Zweiter Titel. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkung: Ein interessanter Aufsatz v. Blumes, AZivPr. **112** 367 (zu § 1968), behandelt Fragen des Totenrechts, insbesondere das Bestattungsrecht, Verfügungen über den eigenen Leichnam und die Verpflichtung, in Notfällen für die Bestattung einer Leiche zu sorgen.

§ 1968. v. Blume, Fragen des Totenrechts, AZivPr. **112** 367. Die Pflicht zur Tragung der Beerdigungskosten und das Bestattungsrecht sind ebenso verschieden wie die Unterhaltspflicht und das Recht der Fürsorge für die Person eines lebenden Menschen. Der Leichnam ist dem Privateigentum und dem Verkehre, d. h. der eigennützigen Verwertung durch einzelne entzogen (376, 378). Das Recht am Leichname kann also zum Inhalte nur die Befugnis haben, über den Leichnam zum Zwecke angemessener Bestattung zu verfügen und Einwirkungen Unberechtigter von ihm auszuschließen (379). Zur Ausübung dieses Rechtes ist nicht der Erbe als solcher etwa kraft eines Verwahrungsrechts berufen (381), sondern das Recht am Leichnam ist das Familienrecht der Totenfürsorge (386), das neben das Amt der Eltern und des Vormundes tritt (391). Rechtsquelle hierfür ist das Gewohnheitsrecht (388). Nach diesem ist aber, wer dem Verstorbenen am nächsten gestanden hat, auch von Rechts wegen berufen, das Amt der Totenfürsorge zu übernehmen (393) und im Sinne und Interesse der Familie auszuüben (395). — Verträge zwischen den Angehörigen über die Bestattung des Leichnams und die Ausstattung der Ruhestätte sind grundsätzlich zulässig, es müßte sich denn um eine Mißachtung der Pietät handeln (396). Dritten gegenüber genießt der Bestattungsberechtigte den Rechtsschutz des Inhabers eines absoluten Rechtes (396, 397). — Verfügungen über den eigenen Leichnam, sei es unter Lebenden, sei es von Todes wegen, kennt das Gesetz nicht (403 gegen **RG.** JW. **12** 540, JDR. **11** Ziff. 2 c zu § 1922 BGB.). Wünsche des Verstorbenen sind jedoch tunlichst zu berücksichtigen; das fordert die Sitte aus Gründen der Pietät, auch wenn der Wunsch nicht in Testamentsform geäußert ist (404). Es kann jedoch den Angehörigen nicht zugemutet werden, einen Wunsch zu erfüllen, der ihr Pietätsgefühl verletzen würde. Dies gilt namentlich von dem Wunsche, daß der Leichnam der Anatomie übergeben oder verbrannt werde (405, 406). Eine dahin gehende Anordnung des Erblassers kann eine erbrechtlich wirksame Auflage (§ 1940 BGB.) enthalten, wenn sie einem Nachlaßbeteiligten auferlegt, die Kosten der gewünschten Maßnahme zu tragen (407, 408). — In Notfällen hat, wenn durch einen Dienstvertrag eine Fürsorgepflicht begründet wird, der Fürsorgepflichtige für die Bestattung der Leiche einer ihm anvertrauten Person zu sorgen, wenn es aus besonderen Gründen unmöglich ist, die Angehörigen herbeizurufen, wie dies im § 64 Abs. 2 SeemO. besonders vorgesehen ist (410, 413). Dies gilt, wenn eine staatliche Pflicht der Fürsorge für einen Leichnam besteht, auch von dem Staate. Im übrigen betrachtet grundsätzlich der Staat die Sorge für die Bestattung der Toten nicht als seine Angelegenheit (420, 421). — Eine totenrechtliche Nachwirkung des Familienrechts ist auch die Verpflichtung des Grabeigentümers, den Angehörigen des Verstorbenen den Besuch des Grabes zu gestatten; die Heran-

ziehung des § 226 BGB., um dieses Recht zu begründen, wie in **RG. 72** 251, JDR. **9** Ziff. 3 zu § 226, geschehen, ist bedenklich (427).

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§ 1973. 1. **RG. 83** 330, JW. **14** 248, R. **14** Nr. 223. Auch im Falle des § 1973 handelt es sich, wie die Gleichstellung mit § 1975 im § 2013 ergibt, um eine Beschränkung der Haftung, es muß daher auch genügen, wenn dem Erben die Geltendmachung der Beschränkung der Haftung nur im allgemeinen gemäß § 780 ZPO. vorbehalten ist, und es gereicht dem Erben nicht zum Nachteile, wenn er die Tatsache des bereits eingetretenen Ausschlusses im Hauptprozesse nicht geltend gemacht hat.

2. **a)** Dagegen Scheye, LeipzZ. **14** 922. § 780 ZPO. hat nur die Beschränkung der Haftung im Auge, die auf Grund des § 1975 eintritt. Im Falle des § 1973 hat der Gläubiger, der seine Forderung im Aufgebotsverfahren nicht angemeldet hat, ebenso wie ein Gläubiger, der die Verjährungsfrist hat verstreichen lassen, einen Rechtsverlust erlitten. Dieser „Zustand" kann im Urteile nicht mehr vorbehalten werden. **b)** Hiergegen *Bendix, LeipzZ. **14** 1189. Die §§ 780, 781 ZPO. sind so allgemein gefaßt, daß eine einengende Auslegung ihnen Gewalt antut. Daß der Vorbehalt beschränkter Haftung auch bei der Geltendmachung schon vorhandener Einreden zulässig ist, ergibt sich aus §§ 786 und 305 ZPO. Abgesehen hiervon kann der Fall der beschränkten Erbenhaftung mit dem der Verjährung nicht auf eine Stufe gestellt werden, denn die Verjährungseinrede beseitigt den Anspruch schlechthin, während der Anspruch des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers auf den Nachlaßrest bestehen bleibt.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§§ 1975 ff. Josef, Rechtsstellung des vorläufigen Erben, BuschsZ. **44** 478. Die Vorschriften der §§ 1975 ff., der Zweck der Nachlaßverwaltung und ihre einschneidenden Wirkungen weisen darauf hin, daß diese Vorschriften nur auf den Erben, der endgültig Erbe geworden ist, nicht auf den vorläufigen Erben abgestellt sind. Dieser nimmt regelmäßig durch den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung die Erbschaft an. Seine Antragsberechtigung hat er nachzuweisen. Bei einer Mehrheit von Erben können die Erben den Antrag nur gemeinschaftlich stellen. — Hat das Gericht auf Antrag des Erben oder eines Gläubigers die Nachlaßverwaltung angeordnet und stirbt der Erbe, bevor die Anordnung wirksam geworden ist, so ist der Antrag erledigt, und es bleibt dem Erben des antragstellenden Erben oder dem Gläubiger überlassen, die Fortsetzung des Verfahrens gegen den neuen Erben zu beantragen. Der nach der Wirksamkeit der Anordnung eintretende Tod des Erben hat (entsprechend den für den Konkurs geltenden Grundsätzen) auf das Verfahren keinen Einfluß.

§ 1975. BayObLG. **15** 31, BayRpflZ. **14** 130, R. **14** Nr. 1113. Auch die Vergütung des Nachlaßverwalters wird, wie die des Vormundes, durch das Nachlaßgericht unter Ausschluß des Prozeßwegs festgesetzt (§§ 1915, 1836); über den Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen (§ 1835) entscheidet im Streitfalle das Prozeßgericht (BayObLG. **3** 182, OLG. **8** 361, JDR. **3** Ziff. 2 zu § 1835 BGB). Das Nachlaßgericht kann zu dem Ersatze von Aufwendungen nur in dem Sinne Stellung nehmen, daß es die Aufnahme einer Auslage in die Rechnung billigt oder beanstandet und gegebenenfalls zwischen dem Nachlaßverwalter und den Erben zu vermitteln sucht.

§ 1984. Vgl. oben SeuffA. **69** 234 (München) zu § 1712 (Ausübung des Abfindungsrechts aus § 1712 Abs. 2 durch den Nachlaßverwalter).

§ 1985. DJZ. 14 703 (SächsOVG.). Der Erbe eines unter Nachlaßverwaltung stehenden Nachlasses ist einkommensteuerpflichtig, da er Träger und Inhaber des Nachlaßvermögens ist, und Einnahmen und Ausgaben auf seine Rechnung gehen. Dadurch, daß die Verwendung des Nachlasses auf Vermögensbildung (Ansammlung oder Schuldentilgung) beschränkt ist, wird an der Steuerpflicht nichts geändert.

§ 1990. Kretzschmar, LeipzZ. **14** 365, billigt dem auf Herausgabe des Nachlasses nach § 1990 in Anspruch genommenen Erben das Recht, die Pfändungsbeschränkungen des § 811 ZPO. geltend zu machen, insoweit zu, als sie ihm (dem Erben) bei Lebzeiten des Erblassers als einem Familienangehörigen desselben zustatten gekommen wären.

§§ 1990, 1991. RG. WarnE. **14** 301, R. **14** Nr. 494, 495. Mit Rücksicht darauf, daß der Erbe seine eigene Verurteilung (vgl. § 1991 Abs. 3) nicht betreiben kann, ein solches Vorgehen gegen sich selbst auch sinnlos sein würde, ist die weitere Folgerung geboten, daß der Erbe einem Gläubiger gleichzustellen ist, der ein rechtskräftiges Urteil gegen den Erben und dadurch das Recht auf Vorwegbefriedigung vor den übrigen Gläubigern erlangt hat. Die gegenteilige Annahme würde zur Folge haben, daß der Erbe jedem anderen Nachlaßgläubiger, sobald dieser nur eine rechtskräftige Verurteilung im Sinne des § 1991 Abs. 3 erwirkt hat, nachstehen und ihm ohne Rücksicht auf seine eigenen Forderungen auch die letzten Bestandteile des Nachlasses herausgeben müßte, obgleich doch durch das im § 1991 Abs. 2 vorgesehene Wiederaufleben der durch das Erbewerden erloschenen Forderungen nichts anderes bezweckt sein kann, als dem Erben die Möglichkeit zu geben, sich wegen seiner Forderungen trotz ihres tatsächlich eingetretenen Erlöschens aus dem Nachlasse zu befriedigen. Es muß deshalb der Erbe als befugt angesehen werden, auch einem unter § 1991 Abs. 3 fallenden Gläubiger gegenüber den Nachlaß insoweit, als er zur Befriedigung seiner Forderungen erforderlich ist, zurückzubehalten. — Die im § 1991 Abs. 1 enthaltene Bestimmung, daß, falls der Erbe von dem ihm nach § 1990 zustehenden Rechte Gebrauch macht, auf seine Verantwortlichkeit die Vorschriften des § 1979 anzuwenden seien, kann sich nur auf die Zeit vor dem Eintritte der im § 1990 erwähnten Voraussetzungen beziehen. Denn mit diesem Eintritt ist der Erbe trotz der ihm bekannten Unzulänglichkeit des Nachlasses nicht nur befugt, die sich meldenden Gläubiger zu befriedigen, sondern den im § 1991 Abs. 3 genannten Gläubigern gegenüber sogar zur Vorwegbefriedigung verpflichtet. Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 419 BGB.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 1994. RG. LeipzZ. **14** 1666, R. **14** Nr. 1606. Die bloße Inventarerrichtung begründet die Haftungsbeschränkung des Erben nicht und macht daher auch bei der Verurteilung des Erben den Vorbehalt des § 780 ZPO. nicht entbehrlich.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§ 2026. RG. FrankfRundsch. **48** 21. Der § 2026 folgt der schließlich herrschend gewordenen gemeinrechtlichen Ansicht, die dahin geht, daß auch der nach Wegfall der improba oder lucrativa usucapio pro herede allein übrig gebliebenen gewöhnlichen usucapio pro herede dem wahren Erben gegenüber die Wirksamkeit entzogen sei.

§ 2027. RG. R. **14** Nr. 470. Hat der Auskunftspflichtige Auskunft erteilt, so ist seine Verurteilung zu weiterer Auskunftserteilung regelmäßig ausgeschlossen, vielmehr kann er nur zur Leistung des Offenbarungseids angehalten werden. Beruht aber die Unvollständigkeit eines Nachlaßverzeichnisses

darauf, daß der Verpflichtete einen bestimmten zum Nachlasse gehörigen Vermögensteil, den er nicht zum Nachlasse rechnet, gänzlich in dem Verzeichnis ausgelassen hat, so kann er hinsichtlich dieses Vermögensteils, da insoweit ein Nachlaßverzeichnis nicht vorliegt, unter Feststellung der Zugehörigkeit dieses Vermögensteils zum Nachlasse wiederholt zur Auskunftserteilung verurteilt werden.

§ 2028. KGJ. **45** A 112, RJA. **13** 99, R **14** Nr. 2095. Verlangt der Erbe auf Grund des § 2028 von den Hausgenossen des Erblassers die Leistung des Offenbarungseids, und erklärt dieser sich zur Eidesleistung bereit, so darf das Amtsgericht (§ 163 FGG.) die Abnahme des Eides nicht deshalb ablehnen, weil kein Grund zu der Annahme bestehe, daß die Auskunft (§ 2028 Abs. 1) nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt sei.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

Vorbemerkung: Ein Miterbe kann auch über einen Bruchteil seines Erbanteils verfügen: so KGJ. **46** A 181 (Ziff. II zu § 2033). Nach RG. **84** 395 (Ziff. IV 1 b) erwirbt beim Bestehen eines Pfandrechts an einem Erbteile der Pfandgläubiger im Falle der Aufhebung der Erbengemeinschaft an den Gegenständen, die an die Stelle des Anteils treten, nur einen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts, ein Ergebnis, das von Folcher, JW. **15** 213, gebilligt, aber als mit der Begründung von **RG. 83** 27 im Widerspruche stehend angesehen wird. Die Frage der Zulässigkeit einer subjektiv beschränkten Teilung des Nachlasses und die im Falle einer solchen Teilung eintretende Rechtslage sind neuerdings wieder von Rohde und Josef (Ziff. 3 zu §§ 2042 ff.) zur Sprache gebracht worden.

§ 2033. I. Verfügung über den Erbanteil. 1. KGBl. **14** 49 (KG.). Sobald die Erbauseinandersetzung beendet ist, ist die Möglichkeit einer Verfügung nach § 2033 Abs. 1 ausgeschlossen. Solange dagegen noch Gesamthandsvermögen vorhanden ist, bestehen auch Anteile daran, über die der einzelne Teilhaber nach § 2033 Abs. 1 verfügen kann. Darauf, ob die bereits aufgeteilten Gegenstände etwa den Hauptbestand des Nachlasses ausmachten, was für die Gestaltung der Haftung der Miterben gegenüber den Gläubigern nach §§ 2059 ff. von Bedeutung ist, kommt es hierbei nicht an.

2. KGJ. **46** A 187, KGBl. **14** 78. Wer von den Erben sämtliche Erbteile erworben hat, wird damit Eigentümer des zum ungeteilten Nachlasse gehörenden Grundstücks. Andererseits wird dadurch die Erbengemeinschaft aufgehoben (KGJ. **35** A 76, JDR. **7** Ziff. I 2 zu § 2033). Zur Weiterveräußerung des Grundstücks bedarf es daher der Auflassung; durch Weiterübertragung der Erbteile wird das Eigentum an dem Grundstücke nicht übertragen.

3. HansGZ. **14** Beibl. 256, R. **14** Nr. 789 (Hamburg). Das BGB. gestattet dem Miterben nur die Verfügung über seinen Anteil am Nachlasse (§ 2033), dagegen erwähnt es nicht die Verfügung über andere Ansprüche, insbesondere den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben kann daher mit der im § 398 BGB. bezeichneten Wirkung nicht abgetreten werden.

4. RJA. **13** 226 (KG.). Der Erbe kann nicht über seinen Anteil an dem zum Nachlasse gehörigen Handelsgeschäfte verfügen. Deshalb kommt der Erklärung eines Miterben, er scheide aus dem Geschäft aus und wolle mit ihm vom Erbfall ab nichts zu tun haben, keine rechtliche Bedeutung zu.

II. Verfügung über einen Bruchteil des Erbanteils. KGJ. **46** A 181, RheinARV. **32** 77. Ein Erbanteil kann gemäß § 2033 auch zu einem Bruchteile dieses Anteils veräußert werden. Das dann ent-

stehende Gemeinschaftsverhältnis der Bruchteilseigner untereinander zu etwa in der Gemeinschaft verbleibenden Miterben ist als ein dem Miterbenverhältnisse nahestehendes Gesamthandverhältnis anzusehen. Um die Neuschaffung eines Gesamthandverhältnisses handelt es sich dabei nicht. Deshalb können Bruchteilserwerber von Anteilen, auch wenn sie alle Anteile erworben haben, noch keine Bruchteile an den einzelnen Gegenständen erwerben, vielmehr bedarf es zum Erwerbe von Bruchteilen an Nachlaßgrundstücken, wenn in Ansehung dieser die Bruchteilsgemeinschaft aufgehoben wird, der Auflassung der betreffenden Anteile.

III. Verfügung und Übernahme der Verpflichtung zu einer solchen. **RG.** R. **14** Nr. 2542. Verfügt ein Miterbe vor der Erbauseinandersetzung über das ihm bei der Auseinandersetzung zufallende Vermögen in der Absicht, sofort eine Gebundenheit hinsichtlich der ihm vor der Auseinandersetzung zustehenden Rechte herbeizuführen, so liegt eine Verfügung über diese Rechte selbst vor, die nur nach Maßgabe des § 2033 Wirkung haben kann (**RG. 70** 279). Durch die Übernahme der persönlichen Verpflichtung eines Miterben, dasjenige, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, einem Dritten zu übertragen (vgl. **RG. 60** 133), wird ein Gläubiger des Miterben im Sinne des AnfG. nicht benachteiligt.

IV. Verpfändung und Pfändung eines Erbanteils. 1. a) Die Entsch. des **RG.** JDR. **12** Ziff. II 1 zu § 2033 (Wirkung der Verpfändung eines Erbanteils) auch **RG. 83** 27. b) **RG. 84** 395, JW. **14** 765, R. **14** Nr. 1695, 1700. Beim Bestehen eines Pfandrechts an einem Erbteil erwirbt der Pfandgläubiger im Falle der Aufhebung der Erbengemeinschaft an den Gegenständen, die an die Stelle des Anteils treten, nicht kraft Gesetzes ein Pfandrecht, sondern nur einen Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts. Die Vorschrift des § 1287 BGB. ist auf das Pfandrecht an einem Erbteil unanwendbar, denn Miterben stehen zueinander nicht in dem Verhältnisse von Gläubiger und Schuldner, sondern in dem Verhältnisse von Mitberechtigten an der bezüglich des Nachlasses bestehenden Gemeinschaft (**RG. 57** 415, JDR. **3** Ziff. 3 zu § 1274 BGB.). Auf das Pfandrecht an einem Erbanteil ist § 1258 Abs. 3 entsprechend anzuwenden. c) Folcher, JW. **15** 213, findet vorstehende Entscheidung als mit **RG. 83** 27 (vorstehend zu 1 a) im Widerspruche stehend, da letztere der Verpfändung ohne weiteres dingliche Wirkung beimesse, während **RG. 84** 395 das dingliche Recht versage. Ferner wird in **RG. 83** 27 eine Klarstellung der Frage vermißt, ob der auf das „vertragsähnliche Verhältnis" gestützte Anspruch ein vertraglicher oder ein Anspruch aus § 823 BGB. ist.

2. a) OLG. **29** 241, R. **14** Nr. 790 (Hamburg). Die Pfändung des Erbanteils eines Miterben ist nur zulässig, wenn der Erbfall bereits eingetreten ist und die Erben sich noch nicht auseinandergesetzt haben. b) **RG.** LeipzZ. **14** 775, R. **14** Nr. 810. Soll ein an einem ungeteilten Nachlasse bestehender Erbanteil gepfändet werden, so hat das Gericht an die Miterben ein Verbot, an den Schuldner selbst zu leisten, und ein Verfügungsverbot an den Schuldner zu erlassen. Den so gestalteten Beschluß hat der Gläubiger den Miterben zuzustellen (**RG. 42** 327, **49** 407, **74** 54, JDR. **9** zu § 1403 BGB.). Durch das Verfügungsverbot kann das Leistungsverbot nicht ersetzt werden.

V. Veräußerung einzelner Nachlaßgegenstände. **RG.** JW. **14** 867. Die Übertragung einzelner zu einem Nachlasse gehöriger Gegenstände erfordert nicht die Beobachtung der in den §§ 2033, 2371 vorgeschriebenen Form, sondern kann wirksam unter Beachtung der für die Übereignung von Gegenständen der betreffenden Art geltenden allgemeinen Vorschriften vollzogen werden. Es ist namentlich zulässig, daß der Erbe oder die Gesamtheit der anteilsberechtigten Erben eines Nachlasses oder der Erbschaftskäufer durch formlose Einigung mit einer anderen Person dieser eine zum Nachlasse gehörige Forderung übereignet (§ 398 BGB.).

§ 2034. Die Entsch. des OLG. Colmar — JDR. **12** Ziff. 1 zu § 2034 — (Kein Vorkaufsrecht bei Verkauf an einen Miterben) auch ElsLothJZ. **14** 18.

§ 2038. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 576. Machen Miterben Anspruch auf das im Besitz eines anderen Miterben befindliche Nachlaßvermögen, so kann der Anspruch nicht — wie es bei der Erbschaftsklage gegen einen dritten Besitzer zulässig ist — ohne weiteres auf Herausgabe (oder Hinterlegung) der Erbschaftsgegenstände gerichtet werden. Die Miterben können vielmehr, da der verklagte Miterbe in gleicher Weise wie die Kläger zum Besitze berechtigt ist, an sich nur die Einräumung des Mitbesitzes am Nachlaß und die Erbauseinandersetzung hinsichtlich der einzelnen Erbschaftsgegenstände, wie sie tatsächlich sich im Nachlasse befinden, verlangen, wobei sie unter Vorlegung eines bestimmten Teilungsplans die Zustimmung zu dieser Teilung begehren können.

2. R. **14** Nr. 2096 (Braunschweig) bejaht im Gegensatze zu **RG. 81** 30, JDR. **12** Ziff. 1 a zu § 2038, eine Verpflichtung der Miterben, einander Auskunft über den Nachlaß zu erteilen, sowohl auf Grund der im § 2038 den Miterben einander gegenüber auferlegten Pflicht der Mitwirkung zu Maßregeln ordnungsmäßiger Nachlaßverwaltung, als auch auf Grund der Verpflichtung der Miterben (§ 2047), den nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Überschuß der Erbschaft nach Verhältnis der Erbteile herauszugeben, mithin einen Inbegriff von Gegenständen, über dessen Bestand der zur Herausgabe Verpflichtete gemäß § 260 BGB. eidlich Auskunft zu geben hat (vgl. RGRKomm. Anm. 7 zu § 2038, SeuffA. **57** Nr. 155 (Jena) und SeuffA. **58** Nr. 184 [Celle]).

3. **RG.** R. **14** Nr. 1855. Klagt eine Erbengemeinschaft gegen den Testamentsvollstrecker auf Schadensersatz, so kann dieser sich gegenüber der klagenden Gemeinschaft nicht auf ein arglistiges Verhalten oder Mitverschulden eines einzelnen Erben berufen.

§ 2039. 1. R. **14** Nr. 1288 (Colmar). Wer als gesetzlicher Miterbe von einem Nachlaßschuldner die Hinterlegung der Schuld nach § 2039 verlangt, muß nicht nur beweisen, daß er überhaupt mit dem Erblasser verwandt ist, sondern auch, daß keine näheren Verwandten zur Zeit des Erbfalls vorhanden waren, die ihn von der Erbschaft ausgeschlossen hätten, denn nur durch die Leistung an den wirklichen Erben (abgesehen von dem Falle des § 2366) wird der Schuldner von seiner Schuld befreit.

2. *Engländer, Rechtsgemeinschaft (s. §§ 741, 745). Die Vorschriften der §§ 1011, 2039 BGB. sind nicht singuläre Normen, sondern der Ausdruck eines allgemeinen und für alle Rechtsgemeinschaftsarten unseres Rechtes geltenden Rechtsgrundsatzes, der die rechtliche Stellung des einzelnen Teilhabers eines irgendwie gemeinschaftlichen Rechtes gegenüber Dritten im Falle der Verletzung, der Anmaßung, der Verweigerung eines ganzen (gemeinschaftlichen) Rechtes bestimmt und den einzelnen Gemeinschafter zur Klage gegen den Dritten aus dem gemeinsamen Rechte legitimiert (165 ff.). Das ergehende Urteil hat Rechtskraftswirkung nur zwischen den Parteien und nicht für und gegen die anderen Gemeinschafter, denn der einzelne klagende Mitberechtigte ist nicht Vertreter der übrigen.

§ 2040. Rücker, WürttZ. **14** 257, behandelt „die Versteigerung den Miterben gehöriger Nachlaßfahrnis“ nach ihrer dinglichen Seite, und zwar unter A. das Recht zur Versteigerung ohne Einhaltung einer Form, zu B. die Berechtigung zur Versteigerung in den Formen des Pfandverkaufs oder der Zwangsversteigerung.

§§ 2042 ff. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2542. Der Anspruch auf Erbauseinandersetzung ist kein selbständiger Anspruch, der sich von dem Erbteile trennen und übertragen ließe.

2. ElsLothNotZ. **14** 227 (LG. Straßburg) hält es für zweifellos, daß ein-

zelne Miterben die Erbengemeinschaft in Ansehung der ihnen zugewiesenen Erbschaftsanteile fortsetzen können.

3. a) Rhode, ZBlFG. **14** 332. Wenn ein Erbe Nachlaßgegenstände als seinen Erbteil erhält, während die übrigen in der Gemeinschaft bleiben, so liegt eine subjektiv beschränkte Teilung vor, die Abschichtung eines einzelnen Gemeinschaftsgenossen, der keinen Anspruch mehr an das in der Gemeinschaft zurückgebliebene Gut hat, während die anderen Gemeinschaftsgenossen jedem Rechte an dem jenem zugewiesenen Nachlaßgegenstand entsagt haben. Zwar kann die Erbengemeinschaft nicht durch Vertrag eingeführt werden, aber zur Fortsetzung der bestehenden Gemeinschaft bedarf es auch beim Ausscheiden eines Erben keines Vertrags zwischen den in der Gemeinschaft Zurückbleibenden, die Gemeinschaft setzt sich vielmehr von selbst fort. Die Abschichtung einzelner Erben vollzieht sich auf Grund zweier Rechtssätze: einmal können die Erben vermöge des Rechtes der gemeinschaftlichen Verfügung (§ 2040) auch einem Miterben Nachlaßgegenstände übereignen, ebenso kann der Ausscheidende über seinen Anteil an dem übrigbleibenden Nachlasse verfügen (§ 2033), somit ihn den in der Gemeinschaft Verbleibenden übertragen. **b)** Dazu Josef, ElsLothNotZ. **14** 92. Wenn ein Nachlaßgrundstück mehreren der Miterben (insbesondere den Kindern eines vorverstorbenen Erben) als ihr Erbteil zugewiesen wird, so setzen diese Übernehmer nicht die bestehende Erbengemeinschaft unter Ausscheiden der übrigen Miterben fort. Denn die Erbengemeinschaft entsteht durch den Tod des Erblassers am ganzen Nachlaß und zwischen sämtlichen Erben. Eine Gemeinschaft einzelner Erben an einer Nachlaßsache ist folglich nicht mehr Erbengemeinschaft in der Art, wie sie durch die Tatsache des Erbanfalls herbeigeführt war und gesetzlich geregelt ist. Da die gesamthänderische Erbengemeinschaft durch Vertrag nicht eingeführt werden kann, so ist folglich nichtig ein Abkommen, durch das einzelnen Erben zusammen ein Grundstück nach den Grundsätzen der Erbengemeinschaft zugewiesen wird. Die Miterben sind nach § 139 BGB. verpflichtet, eine neue Überweisung und Auflassung zu erklären, durch die den Übernehmern das Grundstück zu einfachem Miteigentum überwiesen wird. — Sind bei einer Erblinie wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben die Erbteile noch unbestimmt und werden dieser Erblinie bei der auf Antrag der anderen Miterben erfolgenden Auseinandersetzung Nachlaßgegenstände zur Erbabfindung zugewiesen, so besteht an ihnen unter den Teilnehmern dieser Erblinie die Erbengemeinschaft zur gesamten Hand fort, weil das Gesetz (§ 2043) in Fällen dieser Art die Auseinandersetzung ausschließt. — Vgl. JDR. **9** Ziff. III, **10** Ziff. 2 zu § 2042.

§ 2047. **RG.** R. **14** Nr. 2542. Das Recht an dem den Miterben nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Überschuß ist nicht notwendig eine Forderung.

§ 2048. RheinA. **111** 136 (Cöln). Verträge, durch die der Erblasser unter Lebenden seinen Grundbesitz mehreren seiner Kinder übertragen hat unter Überweisung der Kaufpreise an seine Kinder zur Anrechnung auf den Erbteil, stellen keine Teilungsanordnung im Sinne des § 2048 dar. Sie bedürfen daher nicht der für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Form. Eine in Form eines Darlehens einem Kinde gegebene Ausstattung ist ausgleichungspflichtig (§ 2050). Der Umstand, daß über das Vermögen des Kindes Konkurs eröffnet und ein Zwangsvergleich geschlossen ist, ist bedeutungslos, wenn der Erblasser dem Zwangsvergleich aus Liberalität zugestimmt hat.

§ 2050. **RG.** R. **14** Nr. 791. Bei Anordnung der Ausgleichung ist der Erblasser nicht auf die Zuwendungen beschränkt, die nach § 2050 im Falle der gesetzlichen Erbfolge schon kraft Gesetzes einzuwerfen sind (**RG. 67** 309, **71** 135, JDR. **7**, **8** Ziff. 2 zu § 2316).

§ 2052. Die Entsch. HansGZ. **13** Beibl. 173 (Hamburg) — JDR. **12** Ziff. 2 zu § 2052 — ist vom **RG.** HansGZ. **14** Beibl. 166 wegen unzureichender Würdigung außerhalb der letztwilligen Verfügung liegender Umstände aufgehoben worden.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

Literatur: Kretzschmar, Die Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten unter besonderer Berücksichtigung der Beweislast dabei, ZBlFG. **15** 325.

§§ 2058 ff. Kretzschmar erörtert eingehend die Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten vor und nach Teilung des Nachlasses unter besonderer Berücksichtigung der Beweislast. Er empfiehlt jedem Nachlaßgläubiger, der zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Ansprüche gezwungen ist, sofort die sämtlichen Miterben zu verklagen, da er dadurch nicht nur das Recht der Zwangsvollstreckung in den ungeteilten Nachlaß, sondern auch die Möglichkeit erlange, gegen jeden einzelnen Erben besonders vorzugehen und so, wenn der Nachlaß inzwischen geteilt ist, seine Befriedigung durch Vollstreckung des Urteils in die Nachlaßgegenstände zu suchen, gleichviel in der Hand welches Erben sich die Gegenstände befinden.

§ 2058. 1. MecklZ. **14** 292 (Rostock). Werden die Erben aus § 2058 in Anspruch genommen, so besteht zwischen ihnen keine notwendige Streitgenossenschaft.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1999. Wie es Sache des mit der Gesamtschuldklage des § 2058 in Anspruch genommenen Miterben ist, seine beschränkte Haftung nach Maßgabe des § 2059 Abs. 1 und als deren Voraussetzung die Ungeteiltheit des Nachlasses zu behaupten und zu beweisen, so hat dies auch zu gelten, wenn der Kläger gegenüber einer auf das Gesamtschuldverhältnis des § 2058 gestützten Einrede sich auf seine beschränkte Haftung beruft.

§ 2059. SeuffA. **69** 406 (München). Weder § 2014 (vgl. **RG. 79** 204, JDR. **11** zu §§ 2014, 2015) noch § 2059 hindern den Eintritt des Verzugs des Erben. Dem Erben kann es nicht zustehen, durch einen Aufschub der Teilung die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem eigenen Vermögen zu verzögern. Der Nachlaßgläubiger hat das Wahlrecht zwischen den im § 2059 Abs. 1 u. 2 gegebenen Klagen. Die Geltendmachung der Verweigerungseinrede (§ 2059 Abs. 1) kann nie zur Abweisung der Forderung führen, sondern gibt dem Erben nur das Recht, zu verlangen, daß er entweder nur zur Leistung aus seinem Nachlaßanteile verurteilt oder ein Vorbehalt seiner beschränkbaren Haftung zur Sicherung gegen die seinem ganzen Privatvermögen drohende Zwangsvollstreckung aufgenommen werde

§§ 2060, 2061. Kretzschmar, ZBlFG. **15** 333. In sämtlichen Fällen der §§ 2060, 2061 (also auch in denjenigen des § 2060 Ziff. 1, 3) tritt die anteilige Haftung des Miterben auch dann ein, wenn der Nachlaß geteilt worden ist, bevor die zur Umwandlung der Gesamthaftung in Teilhaftung sonst noch erforderliche Voraussetzung verwirklicht wurde. (AM. Planck und die dort angeführte Literatur.)

Dritter Abschnitt. Testament.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Die zu diesem Titel reichlich geflossene Rechtsprechung hat die Auslegung verschiedenartigster letztwilliger Bestimmungen zum Gegenstande. Eine viel beachtete und abgedruckte Entsch. des RG. (Ziff. 1 zu § 2078 BGB.) hat sich dahin ausgesprochen, daß, wenn ein von dem Erblasser zum Erben eingesetztes ungeborenes Kind vor dem Erbfalle wegfällt, die letztwillige Verfügung nicht schon deshalb mit Erfolg angefochten werden könne, weil der Erblasser mit dem Erbewerden des Kindes gerechnet habe.

§§ 2064 ff. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **12** Ziff. 2 zu §§ 2064 ff. — (Beeinträchtigung der Religionsmündigkeit) auch SeuffA. **69** 91.

§ 2065. 1. R. **15** Nr. 329 (BayObLG.). Eine Vollmacht des Erblassers, die den Bevollmächtigten ermächtigt, den Nachlaß nach billigem Ermessen zu verteilen, enthält zwar keine Erbeinsetzung und würde, wenn darin die Überlassung der Bestimmung, wer Erbe sein solle, enthalten wäre, nach § 2065 ungültig sein, in Frage kann aber kommen, ob die Vollmacht nicht die Ernennung eines Testamentsvollstreckers enthält. (Vgl. auch unten Ziff. 1 zu § 2364.)

2. **RG.** DJZ. **14** 1301, R. **14** 622. Der Erblasser konnte weder nach dem PrALR., noch kann er nach dem BGB. einen Testamentsvollstrecker zu der Bestimmung ermächtigen, in welcher Bedeutung seine testamentarischen Verordnungen Geltung haben sollen. § 561 I. 12 ALR. ist dahin zu verstehen, daß der Richter nur, wenn ihm der Fall zweifelhaft erscheint, an die Meinungskundgebung des Testamentsvollstreckers gebunden ist.

§ 2067. SchlHolstAnz. **14** 65 (Kiel). In der Erbeinsetzung von Blutsverwandten „nach Gradesnähe" kann in Auslegung der letztwilligen Verfügung die Erbeinsetzung von Kindern verstorbener Geschwister neben Geschwistern gefunden werden.

§§ 2067, 2068. RG. R. **14** 522. Den Auslegungsregeln der §§ 2067, 2068 — ebenso dem § 526 I. 12 PrALR. — liegt die Rechtsanschauung zugrunde, daß der Erblasser, wenn er allgemein die Kinder oder Abkömmlinge einer bestimmten Person bedenkt, der Regel nach nur die zur Familie dieser Person gehörigen Abkömmlinge bedenken will. Dieser Gedanke entspricht, wennschon eine gesetzliche Auslegungsregel dieses Inhalts nicht aufgestellt ist, so sehr dem natürlichen Rechtsempfinden, daß hierauf bei Ermittlung des Willens des Erblassers Rücksicht genommen werden muß.

§§ 2068, 2069. SächsOLG. **35** 68. Die §§ 2068, 2069 stehen der Auslegung eines Testaments dahin nicht entgegen, daß die Abkömmlinge von bedachten, aber weggefallenen Geschwistern des Erblassers als Ersatzerben berufen seien, wenn die Bestimmungen des Testaments Anhalt für einen hierauf gerichteten Willen des Erblassers ergeben. Ist dies der Fall, so können auch außerhalb des Testaments liegende Umstände zur Ermittlung des Willens des Erblassers herangezogen werden (BayObLG. **5** 173, SächsOLG **31** 94, JDR. **3** Ziff. 1, **9** Ziff. 2 zu § 2069).

§ 2069. SchlHolstAnz. **14** 113 (Kiel) wendet die Auslegungsregel des § 2069 auch auf die Ersatzberufung der Abkömmlinge eines Adoptivkindes an.

§ 2074. Ebbecke, R. **14** 280, hält es für gerechtfertigt, die Auslegungsregel des § 2074 ebenso wie bei der Nacherbfolge auf den Fall zu beschränken, daß das als Bedingung gesetzte ungewisse Ereignis mit der Person des Bedachten in Beziehung steht.

§ 2075. RG. BayRpflZ. **14** 385, R. **14** Nr. 2487. Hat der Erblasser seine Kinder zu Erben eingesetzt, für den Fall eines bestimmten Verhaltens aber auf den Pflichtteil gesetzt, so liegt nur eine auflösend bedingte Erbeinsetzung der Kinder vor. Die hiernach den Erben zustehende Wahl, ob sie unter den angeordneten Belastungen und Beschränkungen Erben bleiben oder sich mit dem Pflichtteile begnügen wollen, ist nicht mit der Entscheidung, die Erbschaft anzunehmen, erschöpft, vielmehr sind sie durch die Annahme der Erbschaft nur bedingt Erben geworden und in der Lage geblieben, durch die Herbeiführung des Eintritts der auflösenden Bedingung ihre Eigenschaft als Erben wieder zu beseitigen. Mit dem Eintritte der Bedingung ist der Erbe bloßer Pflichtteilsgläubiger geworden, und damit sind auch die ihm als Erben auferlegten Beschwerungen in Wegfall gekommen. (Vgl. auch zu § 2306.)

§ 2078. 1. **RG.** SeuffA. **69** 272, PosMSchr. **13** 137, LeipzZ. **14** 665, BayRpflZ. **14** 126, WarnE. **14** 177, DJZ. **14** 235, R. **14** Nr. 365, 366. Wer jemand zum Erben einsetzt, geht in der Regel davon aus oder rechnet damit, daß der Eingesetzte wirklich Erbe werde. Fällt der Eingesetzte als Erbe weg, so läßt sich darauf allein, daß der Erblasser angenommen habe, der Eingesetzte werde Erbe werden, nicht die Feststellung gründen, er sei durch die irrige Annahme des Nichteintritts des den Wegfall des Erben begründenden Ereignisses zu der Erbeinsetzung bestimmt worden. Vgl. auch unten zu § 2094.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2098. Die Anfechtung eines Testaments kann unter Umständen in dem Verlangen des Beklagten nach Anrechnung seiner Zahlungen und in der Begründung dieses Verlangens gefunden werden (**RG.** **65** 88, JDR. **6** Ziff. II 1 a zu § 143).

§ 2079. ElsLothJZ. **14** 177 (Colmar) hält ein übergangenes pflichtteilsberechtigtes Kind zur Anfechtung eines Testaments für berechtigt, wenn der Erblasser mit der Erbeinsetzung der Mutter (vor der Geburt des Kindes) lediglich die Absicht verfolgt hat, seine übrigen Verwandten, nicht aber das erwartete Kind von der Erbschaft auszuschließen oder auf den Pflichtteil zu beschränken.

§ 2084. I. Auslegungsgrundsätze. 1. a) BayRpflZ. **14** 106 (Bay. ObLG.). Die Auslegung einer letztwilligen Verfügung findet nur darin ihre Grenze, daß sie in der Willenserklärung einen wenn auch geringen Anhalt finden muß und einem unzweideutig erklärten Willen nicht zuwiderlaufen darf. Bei der Auslegung ist nicht bloß zu berücksichtigen, was ausgesprochen ist, sondern auch, was, ohne ausgesprochen zu sein, die Voraussetzung des Ausgesprochenen bildet. **b)** Ebenso **RG.** R. **14** Nr. 459.

2. **RG.** WarnE. **14** 365. Die Vorschrift des § 2084 kann nicht dazu führen, daß eine Verfügung, die nur für einen nicht eingetretenen bestimmten Fall erlassen ist, auf andere Fälle ausgedehnt werde, damit sie Erfolg haben könne.

3. **RG.** R. **14** Nr 2035. Gegenstand der Auslegung eines Testaments ist nicht der innere und innerlich gebliebene Wille, sondern der durch die Willenserklärung in die äußere Erscheinung getretene wirkliche Wille des Erklärenden. Hat sich der Erklärende in einem Irrtum befunden und infolge dieses Irrtums etwa erklärt, was er in Wirklichkeit nicht erklären wollte, so ist für eine Auslegung seiner Willenserklärung kein Raum, vielmehr nur der Weg der Anfechtung eröffnet.

II. Einzelne Fälle. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1281 erhebt rechtlich keine Bedenken gegen die Auslegung eines Testaments, in dem der Erblasser einer seiner Töchter ein lebenslängliches Nadelgeld von 4000 M. verspricht, in dem Sinne, daß damit nicht gemeint sei, das Nadelgeld solle auch dann noch zu Lasten des ganzen Nachlasses und der gesamten Erben fortentrichtet werden, wenn die Tochter bereits in den Genuß ihres Vatererbes eingetreten sein würde.

2. **RG.** SeuffA. **69** 234. Hat der Erblasser seinen Töchtern ein Vorkaufsrecht zu bestimmtem Preise vermacht und dessen Eintragung im Grundbuch angeordnet, so ist diese Bestimmung nicht notwendig dahin auszulegen, daß dadurch ein (unwirksames) dingliches Vorkaufsrecht begründet werden sollte, vielmehr liegt die Auslegung gleich nahe, daß der Erblasser seinen Töchtern das bedingte Recht auf Kauf und Eigentumsübertragung in Gestalt eines persönlichen, durch Festsetzung eines bestimmten Kaufpreises begrenzten Vorkaufsrechts vermachen und ihnen dieses Recht mittels Vermerkes im Grundbuche sichergestellt wissen wollte.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2488. Im allgemeinen darf davon ausgegangen werden, daß der Erblasser bei der Frage, ob ein Kind als ein legitimiertes anzusehen sei, das nach den allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privat-

rechts zur Anwendung kommende Recht auch für die Erbberechtigung aus seinem Testament als maßgebend angesehen hat.

4. BayRpflZ. **14** 276 (BayObLG.) spricht sich in Auslegung eines altrechtlichen Ehe- und Erbvertrags dahin aus, daß die Bestimmung, der überlebende Eheteil solle „Alleineigentümer" werden, bei beerbter Ehe nicht notwendig in dem gleichen Sinne wie bei unbeerbter Ehe aufgefaßt zu werden brauche.

§ 2086. RG. LeipzZ. **14** 1116, R. **14** Nr. 1289. Für die Frage, ob ein Schriftstück als Testament oder als Entwurf anzusehen sei, ist die Auslegungsregel des § 2086 nicht unmittelbar anwendbar. § 2086 setzt voraus, daß ein Testament vorliegt, und will verhüten, daß der formgerecht erklärte Wille eines Erblassers, der die getroffenen Anordnungen späterhin zu ergänzen beabsichtigt, wegen des Vorbehalts der Ergänzung ohne weiteres als unwirksam angesehen werde. Macht aber der Vorbehalt der Ergänzung die tatsächlich getroffene Anordnung nicht von der beabsichtigten Ergänzung abhängig, so läßt sich aus dem Vorbehalte der Ergänzung auch nicht schließen, daß der Erblasser noch nicht den Willen gehabt habe, letztwillig zu verfügen. Dies gilt auch dann, wenn der Erblasser zwar eine Ergänzung seiner Verfügungen nicht mit ausdrücklichen Worten sich vorbehalten, aber in dem Schriftstücke Raum freigelassen hat, um ergänzende Anordnungen später hineinzuschreiben. (Vgl. auch unten Ziff. IV zu § 2231.)

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§ 2087. I. Bedeutung der Vorschrift. ElsLothJZ. **14** 187 (Colmar). Eine Erbeinsetzung liegt nach § 2087 Abs. 1 nur dann vor, wenn der Erblasser nach seinem Vermögensstande zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung durch diese über sein Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens verfügt hat.

II. Einsetzung zum Alleinerben. 1. BayObLG. **15** 12, Bay. RpflZ. **14** 106, ZBlFG. **14** 598, R. **14** Nr. 1116 legt die Bestimmung eines Ehe- und Erbvertrags, durch die die Brautleute allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und für den Fall beiderseitigen kinderlosen Ablebens die Schwester der Frau als Erbin eingesetzt haben, dahin aus, daß die Ehegatten sich wechselseitig als Alleinerben eingesetzt haben, während die Schwester der Frau nur Nacherbe habe sein sollen.

2. KGBl **14** 50 (KG.) legt die Anordnung eines Testaments, die den Söhnen die Anrechnung der ihnen gemachten Zuwendungen auferlegt, während der Tochter, die bereits 40 000 M. erhalten und daher eigentlich aus dem Nachlasse nichts mehr zu fordern habe, mit Rücksicht auf ihre ungünstige Lage noch weitere 30 000 M. zugewendet werden, im Anschluß an KGJ. **35** A 78, JDR. **7** Ziff. 2 zu §§ 2087 ff., dahin aus, daß die Söhne zu Erben eingesetzt seien, die Tochter aber von der Teilung durch Zuwendung einer bestimmten Summe ausgeschlossen sein solle.

III. Einsetzung zum Alleinerben oder Vorerben? 1. Rhein. ARV. **32** 73 (LG. Cöln). Hat der Erblasser bestimmt, daß seine Frau das von ihm hinterlassene Vermögen als Erbin erhalten solle, aber nur „bis zu ihrem Tode", so stellt sich diese Bestimmung als Einsetzung einer Vorerbschaft dar.

2. Vgl. auch oben BayObLG. **15** 12 zu Ziff. II 1 und unten Ziff. 1 zu §§ 2103, 2104.

IV. Erbeinsetzung mit Vermächtnisbeschwerung oder Nacherbeinsetzung? HansGZ. **14** Beibl. 239 (Hamburg) legt die Bestimmung eines Testaments, worin „von dem übrigbleibenden Vermögensnachlasse die Frau S. Zeit ihres Lebens den Zinsgenuß dieses sicher zu belegenden Kapitals

haben, nach deren Tode aber das Kapital an ihre Kinder zum unbeschränkten Eigentume fallen und vererbt sein solle", dahin aus, daß die Kinder der Frau S. als Erben eingesetzt seien, beschwert mit dem Vermächtnisse lebenslänglichen Zinsgenusses an dem ihren Erbschaftsteil bildenden Kapitale zugunsten ihrer Mutter.

V. Summenzuwendung. HansGZ. **14** Beibl. 133, ZBlFG. **15** 33 (Hamburg). Wenn der Erblasser in der Absicht, sein ganzes Vermögen zu verteilen, Zuwendungen unter Bezeichnung bestimmter Summen macht, so sind die Bedachten in Wahrheit Erben, nicht Vermächtnisnehmer, und die Summenbezeichnung ist nur im Sinne der Auseinandersetzung und Aufteilung des Nachlasses erfolgt.

VI. Einsetzung zum Erben oder auf den Pflichtteil? Vgl. unten zu § 2304.

§ 2091. 1. BayObLG. **15** 242. Die Bestimmung eines unter der Herrschaft des BayLR. geschlossenen Ehe- und Erbvertrags, wonach für den Fall beerbter Ehe der überlebende Ehegatte den Kindern „die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens als Vater- oder Muttergut auszeigen und dagegen Alleineigentümer des übrigen gemeinschaftlichen Vermögens sein soll", kann als Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten und der Kinder zu bestimmten Anteilen und als Teilungsanordnung im Sinne des § 2048 aufgefaßt werden.

2. BayObLG. **14** 558. Die Annahme einer Mehrheit von Erben schließt es aus, die einzelnen Bedachten in Ansehung der ihnen zugewendeten Gegenstände als Alleinerbberechtigte zu behandeln.

§ 2094. RG. SeuffA. **69** 272, PosMSchr. **13** 137, LeipzZ. **14** 665, BayRpflZ. **14** 126, WarnE. **14** 177, DJZ. **14** 235, R. **14** Nr. 367–369. § 2094 kann auch bei der Erbeinsetzung eines Ungeborenen zur Anwendung kommen. Hat der Erblasser seine Frau zur einen und das zu erwartende Kind zur anderen Hälfte des Nachlasses als Erben eingesetzt, so sind mehrere Erben in der Weise eingesetzt, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschlossen. Ist der zur zweiten Hälfte Eingesetzte, weil das erwartete Kind totgeboren ist, nicht Erbe geworden, so ist er als Erbe weggefallen. Bei der Erbeinsetzung eines Ungeborenen kommt nur die Besonderheit in Betracht, daß die nach dem Erbfall eintretende Geburt eines lebenden Kindes als vor dem Erbfall erfolgt angesehen wird, wenn die Erzeugung vor dem Erbfalle statthatte (§ 1923). Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 2078.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung: Das RG. hat sich in einer grundsätzlichen Entscheidung (**83** 434), Ziff. 1 zu §§ 2113 ff., dahin ausgesprochen, daß das Pfandrecht, das an einem im Grundbuch eingetragenen Nacherbenrechte begründet ist, im Grundbuch eingetragen werden könne, da dadurch der Inhalt des Grundbuchs mit der wahren Rechtslage in Übereinstimmung gebracht werde, also ein Fall der Grundbuchberichtigung im Sinne des § 22 GBO. gegeben sei.

§§ 2100 ff. Ebbecke, R. **14** 182, gibt eine systematische Darstellung der „Berufung als Nacherbe" nach den Vorschriften des BGB. in Verbindung mit einer Erörterung der Rechtslage, die sich aus einer den §§ 2269, 2280 BGB. entsprechenden Erbeinsetzung ergibt und deren Unzuträglichkeiten und Zweifelsfragen die Spitze abgebrochen werden könnte, wenn den Ehegatten die Möglichkeit gewährt würde, einander als Vorerben mit dem Rechte der unbeschränkten Verfügung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden einzusetzen.

§ 2102. ZBlFG. **14** 595 (Dresden). Der Grund der Vorschrift des § 2102 Abs. 1 ist der, daß die Voranstellung einer Person, die zunächst Erbe werden soll, in der Regel nur zur Begünstigung dieser Person mit der Erbenstellung und

nicht zu dem Zwecke erfolgen wird, um das Erbewerden der als Nacherbe berufenen Person aufzuhalten. Besonders tritt der hierauf gerichtete Wille des Erblassers zutage, wenn als das Ereignis, mit dem der Fall der Nacherbfolge eintritt, ausdrücklich oder stillschweigend (vgl. § 2106 Abs. 1) der Tod des Vorerben bestimmt ist.

§§ 2103, 2104. 1. RheinARV. 32 73 (LG. Cöln). Die Einsetzung eines Erben „bis zu seinem Tode" stellt sich als Einsetzung eines Vorerben dar. Nacherben sind alsdann diejenigen Personen, die die gesetzlichen Erben sein würden, wenn der Erblasser zur Zeit des Todes des Vorerben gestorben wäre.

2. Vgl. auch oben Ziff. III zu § 2087.

§ 2108. 1. a) Cohn, JW. **14** 13. Die Einsetzung der „Deszendenz" eines Erben kann gemeint sein in dem Sinne, daß diejenigen Abkömmlinge, die der Erbe (als Vorerbe) bei seinem Tode hinterläßt, Nacherben sein sollen, oder in dem Sinne, daß als Nacherben diejenigen Abkömmlinge des Vorerben eingesetzt sein sollen, die beim Tode des Erblassers vorhanden seien und noch fernerhin geboren werden sollten. Stirbt der Erbe kinderlos, so ist in dem erstgenannten Falle die Anordnung der Nacherbschaft unwirksam, während im zweiten Falle die Kindeskinder der beim Tode des Erblassers vorhanden gewesenen Kinder die Nacherben sind. Der § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB. gewährt nur den Nacherben, welche noch den Fall des Eintritts der Erbfolge erleben, den des Eintritts der Nacherbfolge nicht mehr erleben, eine vererbliche Anwartschaft. Deshalb steht eine solche den Abkömmlingen, die beim Erbfalle das Licht der Welt noch nicht erblickt haben, nicht zu. **b)** Dagegen Rücker, JW. **14** 662. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen den zur Zeit des Erbfalls bereits vorhandenen Personen und den nondum natis. Beide Kategorien erwerben vielmehr in gleicher Weise eine vererbliche Anwartschaft, die einen sofort mit dem Erbfalle die anderen mit der Geburt, wenn diese vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge erfolgt (Planck, Anm. 2 zu § 2108).

2. Abs. 2. **RG.** LeipzZ. **14** 1117, R. **14** 240. Werden die nicht namentlich bezeichneten Abkömmlinge einer bestimmten Person als Nacherben eingesetzt, so kann sowohl nach dem früheren PrALR., als auch nach BGB. als Wille des Erblassers anzunehmen sein, daß an der Nacherbschaft auch die bis zum Nacherbfalle geborenen Abkömmlinge beteiligt sein sollen und daß das Nacherbenrecht, weil bis zum Nacherbfalle die Person der Teilnehmer ungewiß ist, erst in diesem Zeitpunkt auf die Abkömmlinge als ein vererbliches Recht übergeht, was zur Folge hat, daß bis dahin für die Vertretung der Berechtigten nötigenfalls durch Bestellung eines Deszendenzpflegers gesorgt werden muß. Gegen den Wortlaut des Testaments wird durch eine solche Auslegung nicht verstoßen. Es erscheint vielmehr schon dem Wortsinne nach als das Nächstliegende, daß diejenigen in den Besitz der Nacherbschaft kommen sollen, die zur Zeit des beim Nacherbfall eintretenden Besitzüberganges wirklich zu den Deszendenten gehören.

§ 2112. HansGZ. **14** Beibl. 133 (Hamburg). Darin, daß die als Nacherben eingesetzten Kinder der Witwe alle Nachlaßaktiven überlassen, liegt kein Verzicht auf das Nacherbrecht.

§§ 2113 ff. 1. **RG. 83** 434, JW. **14** 411, RJA. **13** 272, BayNotZ. **14** 111, BayRpflZ. **14** 123, ElsLothNotZ. **14** 289, R. **14** Nr. 487, 530, 531. Das an einem im Grundbuch eingetragenen Nacherbenrechte begründete Pfandrecht ist eintragbar; denn eine solche Eintragung stellt sich als eine nach der GBO. zugelassene Berichtigung des Buchinhalts dar. Abgelehnt wird die Ansicht KGJ. **42** A 228 — JDR. **11** Ziff. 2 zu §§ 2113 ff. —, daß von der Eintragung des Pfandrechts nicht der Nacherbe, sondern das eingetragene Recht des Vorerben betroffen werde, vielmehr wird das eingetragene Recht des Nacherben als Verfügungsbeschrän-

kung zu Lasten des Vorerben angesehen, durch die der Vorerbe außerstand gesetzt wird, das Recht des Nacherben durch Verfügungen der im § 2113 genannten Art zu beeinträchtigen.

2. ElsLothNotZ. **14** 208 (Colmar). Auch die zur Vollziehung eines Erbteilungsvertrags von dem Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben vorgenommene Verfügung über Erbschaftsgrundstücke ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2113 Abs. 1 insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde (vgl. **RG** 75 366, JDR. **10** zu § 2139). Nur soweit ist die Verfügung als wirksam zu erachten, als ihr der Nacherbe seine Einwilligung nach § 2120 nicht versagen dürfte. Dies ist nicht der Fall, wenn die Erben Grundstücke, die teils zur Erbschaft, teils den Erben und der Wittwe des Erblassers gemeinschaftlich gehören, unter der schenkweise betätigten Mitwirkung der Witwe in Vollziehung der ihnen in der Schenkung gemachten Auflage in Losen untereinander verteilt haben.

3. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **12** Ziff. IV 1 zu §§ 2113 ff. — auch Gruchots Beitr. **58** 671 u. ZBlFG. **14** 555.

§§ 2113, 2114. 1. RJA. **13** 252 (KG.). Die Beschränkungen der §§ 2113, 2114 gelten lediglich im Verhältnisse des Vorerben gegenüber dem Nacherben, nicht aber des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nacherben. Etwas Gegenteiliges kann aus § 2222 nicht gefolgert werden. Der Testamentsvollstrecker bedarf daher zu Verfügungen über Nachlaßhypotheken nicht der Zustimmung des Nacherben.

2. Vgl. auch unten SächsOLG. **35** 262, Ziff. I 2 zu § 2205.

§ 2136. Gerstenberg, ZBlFG. **15** 291, ist entgegen KGJ. **35** A 305, **41** A 180, **43** A 263 — JDR. **7** Ziff. III zu § 2113, **11** Ziff. II 2 c zu § 2136, **12** Ziff. 2 c zu § 2136 — der Ansicht, daß der befreite Vorerbe zu dem Antrag auf Löschung einer auf dem Nachlaßgrundstücke lastenden Hypothek, die durch Tilgung zur Eigentümergrundschuld geworden ist, auf keinen Fall der Zustimmung des Nacherben bedürfe, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um eine andere als die ranglegte Hypothek handle, da stets eine entgeltliche Verfügung des Vorerben vorliege, und der Gegenwert für die durch die Löschung des dinglichen Rechtes vom Eigentümer erlittene Vermögenseinbuße in der gleichzeitigen Erhöhung des Wertes des Eigentumsrechts um den Betrag der gelöschten Hypothek bestehe.

§ 2137. 1. SchlHolstAnz. **14** 189, SeuffA. **69** 471 (KG.). Der befreite Vorerbe, der als solcher unter Benennung des Nacherben (§ 52 GBO.) im Grundbuch als Gläubiger eingetragen ist, ist rechtlich nicht behindert, die Forderung (Hypothek) abzutreten; zur Eintragung der Abtretung bedarf es nicht des Nachweises der Entgeltlichkeit der Abtretung.

2. WürttZ. **14** 15 (Stuttgart). Wenn die Entgeltlichkeit einer Verfügung daraus gefolgert wird, daß die Verfügung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Vertrags ist oder die von ihm erklärte Auflassung auf einem nach § 313 beurkundeten Kaufvertrage beruht, so ist doch dabei vorausgesetzt, daß der Käufer ein „Fremder", ein unbeteiligter Dritter sei. Dies ist nicht der Fall, wenn der Vertrag zwischen dem Vater und einem seiner Söhne geschlossen worden ist.

§ 2139. KGJ. **46** A 146. Ist in dem unter der Herrschaft eines früheren Rechtes errichteten Testamente bestimmt, daß der als Vorerbe eingesetzte überlebende Ehegatte in einem gewissen Falle, insbesondere bei der Wiederverheiratung, mit den als Nacherben eingesetzten Kindern „den Gesetzen gemäß Erbteilung halten" solle, so ist durch Auslegung des Testaments zu ermitteln, ob für die Art der Teilung der zur Zeit der Testamentserrichtung oder

der zur Zeit des Erbfalls oder des Eintritts des Ereignisses bestehende Rechtszustand maßgebend ist. Dabei sind auch die für den Güterstand der betreffenden Ehe geltenden Überleitungsvorschriften zu berücksichtigen, insbesondere kann dem überlebenden Ehegatten eine Frist zur Erklärung gemäß Art. 46 § 4 PrAGBGB. dann bestimmt werden, wenn das Testament für einen gewissen Fall, der demnächst eingetreten ist, die Verpflichtung des überlebenden Ehegatten vorsieht, mit den Kindern nach dem Gesetze, z. B. nach märkischem Rechte, Teilung zu halten. (Vgl. auch unten zu § 2355.)

Vierter Titel. Vermächtnis.

§§ 2169, 2170. ElsLothJZ. **14** 5, ElsLothNotZ. **14** 142 (Colmar). Die Zuwendung des Nießbrauchs an einem gütergemeinschaftlichen Grundstücke durch den Ehemann kann als Verschaffungsvermächtnis wirksam sein. (Vgl. auch zu § 2258 Ziff. 1.)

§ 2174. RG. LeipzZ. **14** 760. Der Grundsatz des § 2174 ergibt als Wirkung eines Befreiungsvermächtnisses nur einen obligatorischen Anspruch des Bedachten, von dem Beschwerten die Befreiung oder deren Herbeiführung zu fordern.

§ 2176. Ebbecke, R. **14** 277, gibt einen Überblick über die Voraussetzungen und Wirkungen der „Berufung als Vermächtnisnehmer" nach BGB.

Fünfter Titel. Auflage.

§ 2194. *Prollius, PosMSchr. **14** 74. Die §§ 1940, 2194 regeln einen Fall der sog. unechten Gesamtgläubigerschaft. Dem mit einer Haftung verbundenen Leistensollen des Beschwerten steht auf seiten des Bedachten ein Bekommensollen, auf seiten des Erben usw. (§ 2194) ein Zugriff gegenüber (Das „Recht auf die Leistung" im Sinne des § 1940 ist nur der „Zugriff" des Bedachten). Das Bekommensollen kann jedoch fehlen, z. B. bei Verpflichtung zur Fütterung eines Tieres.

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung: Das RG. hat (Ziff. III zu § 2205) den Testamentsvollstrecker zur Ausübung des im § 1477 Abs. 2 BGB. vorgesehenen Übernahmerechts, nicht aber zur Bewirkung der für das Übernahmerecht in Betracht kommenden Erbauseinandersetzung für befugt erklärt. In einer grundsätzlichen Entsch. (**RG. 83** 348), unten zu §§ 2205, 2206, hat sich das RG. über die Wirksamkeit der von einem Testamentsvollstrecker unter Überschreitung oder Mißbrauch seiner Befugnisse geschlossenen Geschäfte ausgesprochen, insbesondere wieweit der Dritte die Überschreitung oder den Mißbrauch hätte erkennen müssen.

§ 2197. RG. R. **14** Nr. 643. Die an sich erloschenen Befugnisse des Testamentsvollstreckers können stillschweigend als Vollmachtsinhalt aufrechterhalten werden.

§§ 2199, 2224. R. **14** Nr. 1117 (KG.). Bei einer Meinungsverschiedenheit mehrerer Testamentsvollstrecker über die Ernennung eines weiteren Mitvollstreckers (§ 2199 Abs. 1) entscheidet das Nachlaßgericht.

§ 2200. 1. KGJ. **45** A 114, DJZ. **14** 327. Das Nachlaßgericht kann die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht nur aus dienstgeschäftlichen Gründen, sondern auch deswegen ablehnen, weil ihm die Anordnung oder die Dauer der Testamentsvollstreckung im Hinblick auf die Verhältnisse des Nachlasses und das Interesse der Nachlaßbeteiligten nicht zweckmäßig erscheint.

2. BreslauAK. **14** 51 (LG. Breslau). Hat zwar der Erblasser in seinem Testamente nicht ausdrücklich das Nachlaßgericht ersucht, dem Testamentsvollstrecker einen Nachfolger im Amte zu bestellen, geht aber aus dem Testamente hervor, daß

der Erblasser auf alle Fälle dem eingesetzten Erben die freie Verfügung über den Nachlaß vorenthalten wollte, so ist die Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht zulässig.

§ 2203. Die Entsch. KGJ. **44 A** 231 — JDR. **12** Ziff. 4 zu § 2203 — auch R. **14** Nr. 1165.

§ 2204. 1. ElsLothJZ. **14** 154, ElsLothNotZ. **14** 126 (Colmar). Aus der Stellung des Testamentsvollstreckers läßt sich dessen Befugnis, den mit einem Vermächtnisse Bedachten bei der zur Vollziehung des Vermächtnisses erforderlichen Auflassung zu vertreten, nicht herleiten.

2. BayObLG. **14** 580. Der Testamentsvollstrecker darf die Auseinandersetzung und die damit in Verbindung stehende Ausschüttung der Masse nicht aufschieben, bis etwa alle Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt sind, er hat nur, wenn ungewiß ist, ob noch Nachlaßverbindlichkeiten bestehen, oder wenn solche nicht fällig oder bestritten sind, die entsprechenden Beträge zurückzuhalten. (Vgl. auch unten zu § 2218.)

§ 2205. I. Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers. 1. OLG. **30** 23 (KG.). Wie in dem Prozeß über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand lediglich der Testamentsvollstrecker als Partei anzusehen ist (Stein [10] Vorbem. zu § 50 ZPO.), so kann auch in dem Verfahren vor dem Grundbuchamte nur er Anträge stellen, die sich auf die seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände beziehen.

2. a) SächsOLG. **35** 262, ZBlFG. **14** 596. Das freie Verfügungsrecht, das dem Testamentsvollstrecker im § 2205 Satz 2 eingeräumt ist, greift gegenüber jedem Erben Platz, also nicht bloß gegenüber dem Vorerben, sondern auch gegenüber dem Nacherben. Hat das Vormundschaftsgericht den ungewissen Nacherben einen Pfleger bestellt, so wird dadurch in die Rechte des Testamentsvollstreckers nicht eingegriffen; diesem steht daher gegen die Bestellung des Pflegers ein Beschwerderecht nicht zu. **b)** Ebenso RJA. **13** 252 (KG.) oben zu §§ 2113, 2114 BGB. Ziff. 1.

3. **RG.** JW. **15** 245. Eine Erweiterung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers über das im Gesetz (§§ 2203—2210) zugelassene Höchstmaß ist, soweit es sich um Befugnisse handelt, die der Erblasser auch jedem Dritten verleihen könnte, unzulässig. Nach § 2205 Satz 2 darf zwar der Testamentsvollstrecker über einzelne Nachlaßgegenstände unter Ausschluß der Erben (§ 2211 Abs. 1) verfügen, dagegen steht ihm eine Verfügung über den Anteil eines Miterben am Nachlaß, über einen Nachlaß im ganzen oder eine Mitwirkung bei einer solchen ausschließlich dem Miterben selbst vorbehaltenen (§ 2033 Abs. 1 Satz 1) Verfügung gesetzlich nicht zu. Sie kann ihm daher auch nicht durch eine Bestimmung des Erblassers mit dinglicher Wirksamkeit eingeräumt werden.

II. Verfügungsbefugnis. *Rücker, BoschersZ. **14** 261. Der Testamentsvollstrecker kann Nachlaßfahrnis formfrei mit dinglicher Wirkung veräußern; aber er kann sich dem Erben wegen Verstoßes gegen §§ 752, 753 haftbar werden.

III. Ausübung des Übernahmerechts nach § 1477 Abs. 2 BGB. **RG.** BayRpflZ. **14** 273, LeipzZ. **14** 1532, WarnE. **14** 240, R. **14** Nr. 1992 bis 1995. Der Anteil des Erblassers am Gesamtgute gehört nach § 1482 zum Nachlasse, wenn der Erblasser die fortgesetzte Gütergemeinschaft ausgeschlossen hat. Dann hat dasselbe aber auch von dem Anspruch auf Auseinandersetzung des Gesamtguts zu gelten, und diese Ansprüche unterliegen daher der Verfügung des zur Feststellung des Nachlaßbestandes berufenen Testamentsvollstreckers. Der Testamentsvollstrecker ist demnach auch zur Ausübung aller aus dem Auseinandersetzungsanspruche sich ergebenden Befugnisse und mithin auch des Übernahmerechts aus § 1477 Abs. 2 be-

rechtigt. Für die Ausübung dieses Übernahmerechts kommt nur die Auseinandersetzung des Gesamtguts in Betracht, die begrifflich der Erbauseinandersetzung vorauszugehen hat. Bei dieser Auseinandersetzung hat der Testamentsvollstrecker nur insoweit mitzuwirken, als der Nachlaß am Gesamtgute beteiligt ist; er ist daher auch nicht zur Bewirkung der für das Übernahmerecht in Betracht kommenden Auseinandersetzung berufen.

§§ 2205, 2206. Veruntreuungen des Testamentsvollstreckers. **RG. 83** 348, JW. **14** 299, SchlHolstAnz. **14** 88, R. **14** Nr. 370, 372. Veruntreuungen des Testamentsvollstreckers stellen sich, soweit die Nachlaßmasse in Betracht kommt, sowohl als unentgeltliche Verfügungen im Sinne des § 2205, als auch als grober und strafbarer Mißbrauch der Testamentsvollstreckung dar (**RG. 74** 217, **75** 299, JDR. **9** zu § 2206; **10** Ziff. III zu § 2205). Bei der Prüfung der Frage, ob das von dem Testamentsvollstrecker mit einem Dritten geschlossene Rechtsgeschäft wirksam ist, kommt es nicht bloß auf die objektive Rechtslage an, sondern auch auf die subjektive Auffassung, von der der Dritte zulässigerweise ausgehen durfte, insbesondere nach der Richtung, ob er den Mangel der Testamentsvollstreckung erkennen konnte. Dabei ist unter Erkennen müssen im Sinne des § 122 Abs. 2 jedes fahrlässige Nichtkennen zu verstehen (vgl. **RG. 81** 366, **75** 301, JDR. **12** Ziff. V zu §§ 2113 ff., **10** Ziff. 2 zu § 2203). Als solches kann die Außerachtlassung der auffälligen Art des geschlossenen Geschäfts, wie es sonst bei Nachlaßteilungen nicht vorzukommen pflegt, in Betracht kommen. (Vgl. auch unten Ziff. 2 zu § 2368.)

§ 2207. RG. BayRpflZ. **14** 273, 274. Der Auftrag des Erblassers zur Erfüllung eines Verschaffungsvermächtnisses enthält regelmäßig auch die nach § 2207 wirksame Ermächtigung für den Testamentsvollstrecker, die zu dem Erwerbe des Vermächtnisgegenstandes unumgänglichen Verpflichtungen für den Nachlaß einzugehen.

§ 2212. Francke, ThürBl. **61** 90, gegen BuschsZ. **38** 547 (Breslau). Mit § 2212 ist es nicht unvereinbar, daß der Testamentsvollstrecker anstelle des Erben in den von diesem zu unrecht geführten Prozeß eintritt und das bisherige Verfahren genehmigt.

§§ 2212, 2217. RG. LeipzZ. **14** 1714. Die Befugnis des Erben, die nach seiner Behauptung zum Nachlasse gehörigen Ansprüche einzuklagen, wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Nachlaßschuldner zugleich Testamentsvollstrecker ist. Mit dem auf Zahlung und Herausgabe von Wertpapieren gerichteten Antrage stellt der Erbe das Verlangen, daß diese zum Nachlasse gehörigen Ansprüche, die an sich der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen, ihm von diesem nach § 2217 zur freien Verfügung überlassen werden.

§§ 2213 ff. 1. Kretzschmar, LeipzZ. **14** 556, schildert die Rechtslage im Falle des Konkurses des Vorerben.

2. KGBl. **15** 12 (KG.). Ein Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung kann gegen jeden von mehreren Testamentsvollstreckern gesondert geltend gemacht werden.

§§ 2215, 2218. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **12** Ziff. 2 zu §§ 2215, 2218 — auch GruchotsBeitr. **58** 441, LeipzZ. **14** 382, WarnE. **14** 12.

§ 2216. Josef, Prozeßgericht und Nachlaßgericht gegenüber dem Testamentsvollstrecker, WürttRpflZ. **14** 126 — gegen **RG. 73** 26, JDR. **9** Ziff. 1 zu § 2216. Die Erben können die Erfüllung der vom Testamentsvollstrecker an sie zu bewirkenden Leistungen (so der Auskunfts- und Herausgabepflicht, §§ 2215, 2217), ferner die Beobachtung der durch Gesetz oder Anordnung des Erblassers für die Vollstreckung getroffenen Vorschriften durch Klage im Rechtsweg erzwingen. Dagegen können sie, wenn der Vollstrecker die eben bezeichneten äußeren Grenzen

seiner Obliegenheit einhält, betreffs der von ihm bei der Verwaltung des Nachlasses beabsichtigten Maßnahmen seine Verurteilung zu einem Tun oder Unterlassen nicht aus dem Grunde erreichen, daß diese Maßnahmen unzweckmäßig seien. Eine Nachprüfung in dieser Richtung wäre mit dem dem Testamentsvollstrecker zustehenden Rechte auf freie Verwaltung des Nachlasses unvereinbar. Führt der Testamentsvollstrecker die Verwaltung nicht ordnungsmäßig (§ 2216), so steht dem Erben ein Schadensersatzanspruch gemäß § 2219 und in jedem Falle der Anspruch auf Entlassung durch das Nachlaßgericht (§ 2227) im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu.

§§ 2216, 2217. ElsLothZ. **14** 39 (Colmar). Die Entrichtung der Erbschaftsteuer ist an sich eine Obliegenheit des Testamentsvollstreckers, obwohl diese eine Schuld der einzelnen Erben und nicht des Nachlasses ist (§ 32 RErbschStG.). Ob den Erben zur Zahlung der Erbschaftssteuer vom Testamentsvollstrecker flüssige Mittel aus dem Nachlasse zu überweisen sind, hängt von den Umständen ab, insbesondere davon, ob dies dem Willen des Erblassers entspricht und ob anderenfalls die zwangsweise Beitreibung der Erbschaftssteuer aus dem Nachlasse zu befürchten ist. Vgl. auch unten Ziff. I 2 zu § 2224.

§§ 2216, 2218 Abs. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1361. Ein Testamentsvollstrecker verletzt die im Verkehr übliche Sorgfalt, wenn er Nachlaßgelder einer ihm als unzuverlässig bekannt gewordenen Bank anvertraut, ohne dazu das Einverständnis der Erben einzuholen.

§ 2218. BayObLG. **14** 580. Die Auskunftspflicht des Testamentsvollstreckers den Erben gegenüber erschöpft sich nicht in der Mitteilung des Nachlaßverzeichnisses, sondern (vgl. § 666 BGB.) der Testamentsvollstrecker ist verpflichtet, den Erben die erforderlichen Nachrichten zukommen zu lassen, auf Verlangen über den Stand der Testamentsvollstreckung Auskunft zu geben und nach Beendigung seines Amtes Rechenschaft abzulegen. (Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 2204 und unten Ziff. 1 zu § 2227.)

§ 2219. 1. **RG.** PosMschr. **14** 143. Der Testamentsvollstrecker handelt schuldhaft, wenn er bei der Verwaltung des Nachlasses und der Erfüllung seiner Amtspflichten die ihm obliegende besondere Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt außer Acht läßt.

2. **RG.** WarnE. **14** 182. Haben die Testamentsvollstrecker durch ein außervertragliches Verschulden einen Unfall verursacht oder gemäß § 831 für das Verschulden einer Hilfsperson einzustehen, so folgt daraus zunächst nur ihre persönliche Verpflichtung zum Schadensersatz. Die Annahme, daß daraus zugleich eine Haftung des Erben mit dem Nachlasse sich ergebe, bedarf besonderer Begründung.

3. **RG.** R. **14** Nr. 644. Ein Testamentsvollstrecker kann sich auch durch Führung unnötiger Prozesse einer Pflichtverletzung schuldig machen, für deren Kosten er dem Erben haftet und für deren Führung er, wenn er ein Rechtsanwalt ist, Gebühren nicht zu beanspruchen hat.

§ 2222. R. **14** Nr. 1701 (KG.). Die Pfändung des Rechtes des Nacherben oder eines von ihnen schafft zwar eine weitere Verfügungsbeschränkung zu Lasten des Vorerben, die durch die Eintragung in das Grundbuch nach § 892 Abs. 1 BGB. verlautbart wird (KGJ. **42** A 240, JDR. **11** Ziff. I 1 zu §§ 2113 ff.), allein diese zugunsten des Pfandgläubigers bestehende Beschränkung ist doch aus dem Nacherbenrecht abgeleitet und fällt daher in den Machtbereich des gemäß § 2222 bestellten Testamentsvollstreckers, der das Nacherbenrecht in seiner begrifflichen Gesamtheit ausübt und daher zu einer Verfügung über den Nachlaßgegenstand nicht der Zustimmung des Pfandgläubigers bedarf.

§ 2224. I. Entscheidung des Nachlaßgerichts bei Meinungsverschiedenheiten der Testamentsvollstrecker. 1. KGJ. **46** A 134. Wenn unter zwei Testamentsvollstreckern, von denen der eine zugleich Miterbe und Nachlaßschuldner ist, Streit darüber besteht, ob letzterem auf Grund seiner Schuld eine Leistung an den Nachlaß obliegt, so liegt nicht eine von dem Nachlaßgerichte zu entscheidende Meinungsverschiedenheit vor; vielmehr steht dem zweiten Testamentsvollstrecker allein die Entscheidung darüber zu, ob er den Streit im Wege einer von ihm für den Nachlaß zu erhebenden Klage zum Austrage bringen will.

2. ElsLothJZ. **14** 39 (Colmar). Eine Meinungsverschiedenheit mehrerer Testamentsvollstrecker darüber, ob die Erbschaftssteuer von den Miterben selbst oder aus der Nachlaßmasse zu berichtigen sei, ist vom Nachlaßgericht und nicht im Prozeßwege zu entscheiden. (Vgl. auch oben zu §§ 2216, 2217.)

3. RJA. **13** 94, R. **14** Nr. 2099 (KG.). Bei einer Meinungsverschiedenheit mehrerer Testamentsvollstrecker ist auch der Erbe befugt, das Nachlaßgericht um eine Entscheidung anzurufen (Planck [3] Anm. 3 zu § 2224). Stirbt aber vor der Entscheidung des Nachlaßgerichts der eine von zwei Testamentsvollstreckern, so kann nur noch eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem anderen Testamentsvollstrecker und dem Erben vorliegen, die zu schlichten nicht Sache des Nachlaßgerichts ist.

II. Wegfall eines von mehreren Testamentsvollstreckern 1. DJZ. **14** 885 (KG.). Ist von zwei Testamentsvollstreckern der eine durch rechtliche, in seiner Person liegende Gründe dauernd verhindert, bei einer den Nachlaß betreffenden Rechtshandlung mitzuwirken, so ist er für das in Rede stehende Geschäft als im Sinne des § 2224 Abs. 1 Satz 2 weggefallen anzusehen, und der andere Testamentsvollstrecker kann allein handeln.

2. HansGZ. **14** Beibl. 286, LeipzZ. **14** 1399, R. **14** Nr. 1583 (Hamburg). Der Umstand, daß der eine von zwei Testamentsvollstreckern Schuldner des Nachlasses ist, reicht zu seiner Entlassung aus dem Amte als Testamentsvollstrecker nicht aus. Er kann von dem anderen Testamentsvollstrecker auf Bezahlung der Schuld belangt werden, sowohl auf Grund des § 2224 Abs. 1, da auch im Falle der rechtlichen Verhinderung eines Testamentsvollstreckers dieser als „fortgefallen" anzusehen ist (**RG. 61** 139, JDR. **4** Ziff. 2 zu § 2224), als auch auf Grund des § 2224 Abs. 2, da die Feststellung einer Nachlaßforderung sich als eine zur Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes notwendige Maßregel darstellt, zu der der andere Testamentsvollstrecker selbständig legitimiert ist.

§ 2226. ElsLothNotZ. **14** 311 (Colmar). Der von einem Testamentsvollstrecker mit der Einziehung von Nachlaßforderungen und der Erklärung der Löschungsbewilligung Beauftragte und dazu Bevollmächtigte verliert die Rechte aus der Vollmacht nicht mit der Niederlegung des Amtes als Testamentsvollstrecker.

§ 2227. 1. BayObLG. **14** 580 — schon kurz JDR. **12** Ziff. 3 zu § 2227 —. Ein wichtiger Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers liegt überhaupt dann vor, wenn der Testamentsvollstrecker, sei es durch die bei ihm tatsächlich bestehenden Verhältnisse, sei es durch sein persönliches Verhalten begründeten Anlaß zu der Annahme gibt, daß sein längeres Verbleiben im Amte der Ausführung des letzten Willens des Erblassers hinderlich oder den berechtigten Interessen der an der Ausführung Beteiligten gefährlich sein werde. — Daraus, daß der Testamentsvollstrecker das Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände den Erben verspätet mitgeteilt hat, daß das Verzeichnis nicht vollständig war und die Wertpapiere darin ungenügend und bloß summarisch bezeichnet waren, und daß er einen Teil der Wertpapiere auf seinen Namen hinterlegt hat, ist nicht ohne weiteres ein wichtiger Grund zu seiner Entlassung zu entnehmen. — Bei Würdigung der Frage, ob er zu entlassen sei, ist nicht

bloß zu untersuchen, ob Gründe für die Entlassung bestehen, sondern es ist auch zu prüfen, ob nicht überwiegende Gründe für die Belassung im Amte sprechen. (Vgl. auch oben zu § 2218.)

2. DJZ. **14** 940, R. **14** Nr. 1118 (KG.). Die Entlassung des Testamentsvollstreckers soll einen Ersatz für das Widerrufsrecht des Geschäftsherrn bilden; sie findet statt, wenn Umstände vorliegen, die den Erblasser mutmaßlich zum Widerrufe der Ernennung veranlaßt hätten und auch objektiv den Widerruf als dem Interesse der Beteiligten dienlich erscheinen lassen. Unter diesem Gesichtspunkte kann Feindschaft zwischen Erben und Testamentsvollstreckern einen Entlassungsgrund bilden (KGJ. **36** A 73, JDR. **7** Ziff. 2 zu § 2227). Entsprechendes gilt für die Feindschaft zwischen mehreren Testamentsvollstreckern, wenn die Feindschaft einen solchen Grad erreicht hat, daß von sachlichen Meinungsverschiedenheiten (§ 2224) nicht mehr zu sprechen ist. Dies kann auch zutreffen, wenn die mehreren Vollstrecker Miterben sind.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung: Wegen der an die Form eigenhändiger Testamente zu stellenden Anforderungen ist die Rechtsprechung im wesentlichen bei der bisherigen Praxis verblieben. Cohn, DNotV. **14** 353 (Ziff. II zu § 2231), gibt beachtenswerte Winke für die den Gerichten und Notaren zu Gebote stehenden Mittel, die Anerkennung der Echtheit und Gültigkeit eigenhändiger Testamente zu ermöglichen und diese vor Fälschung und Unterdrückung zu sichern. Kahl, JW. **15** 214, Ziff. III 2 b zu § 2231, versucht gegenüber der herrschenden Ansicht die Auslegung des § 2231 Ziff. 2 dahin, daß die Angabe des Ortes und Tages der Testamentserrichtung nicht notwendig von dem Erblasser geschrieben zu werden brauche. Die Ortsbezeichnung „Berlin W" erscheint dem RG. (Ziff. V 2 zu § 2231) ausreichend, wenn der Ort der Testamentserrichtung, obwohl politisch in einem Vorort Berlins belegen, von der Postverwaltung und im Anschlusse daran auch im Verkehr in dieser Weise bezeichnet wird. — Wichtig ist die (Ziff. I zu § 2238) ergangene Entsch. des RG., die eine dem Gesetz entsprechende Vorlesung des Protokolls nicht darin findet, daß der vorher niedergeschriebene Testamentsentwurf dem Erblasser zur Herbeiführung einer Äußerung seines Einverständnisses abschnittsweise vorgelesen wird, sondern nach der Kundgebung seines Willens nochmals eine zusammenhängende Vorlesung des Protokolls fordert. — Ein Verstoß gegen § 2238 ist nach **RG. 85** 204 (Ziff. II zu § 2238) nicht darin zu finden, daß der Erblasser bei der mündlichen Erklärung seines letzten Willens sich der polnischen Sprache bedient. — Die KGJ. **45** A 120 (KG.) ausgesprochene Ansicht, die Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er blind sei, könne in der Regel die vorgeschriebene Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, nicht ersetzen, wird von Danz und Lehmann (zu § 2246) wohl mit Recht als allzu formalistisch bekämpft. — In KGJ. **46** 136 (zu § 2259) ist in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung (KGJ. **36** A 91) die Zulässigkeit, gegen einen Notar zur Erzwingung der Ablieferung einer in seiner amtlichen Verwahrung befindlichen Verfügung von Todes wegen Ordnungsstrafen zu verhängen, schlechthin verneint.

§ 2231. Eigenhändiges Testament. I. Endemann, Das eigenhändige Testament im Lichte der Praxis, DNotV. **14** 137, fordert getreue Formerfüllung bei Errichtung eigenhändiger Testamente zum Beweise, daß der Erblasser dieser freien Testierart würdig ist und sie mit Besonnenheit zu gebrauchen vermag.

II. Cohn, Das eigenhändige Testament in Verbindung mit unter öffentlicher Autorität stehenden Akten, DNotV. **14** 353, erörtert, auf welche Weise das Gericht oder die Notare mitwirken können, um die Anerkennung der Echtheit und Gültigkeit eigenhändiger Testamente nach Möglichkeit zu erreichen und diese vor Fälschung und Unterdrückung zu sichern. Hierbei werden in Betracht gezogen: 1. Die Beglau-

bigung der Unterschrift unter dem Testament mit der Angabe in dem Beglaubigungsvermerk, daß der Erblasser seine Unterschrift vor der Urkundsperson vollzogen oder anerkannt habe, und mit einer Bescheinigung der Urkundsperson gemäß Artt. 56, 58 PrFGG., daß und wann ihm die Urkunde vorgelegt worden sei und sie Durchstreichungen, Änderungen, Einschaltungen, Radierungen oder andere Mängel nicht enthalte, eine Bescheinigung, die auch stillschweigend dadurch erfolgt, daß Mängel der Schrift in dem Vermerk nicht hervorgehoben werden. 2. Die Niederschrift des eigenhändigen Testaments in Gegenwart der Urkundsperson in Verbindung mit der Beglaubigung der Unterschrift und der Bescheinigung der Urkundsperson, daß der Erblasser die Urkunde vor ihr geschrieben, datiert und unterschrieben habe. 3. Die Errichtung eines eigenhändigen Testaments und dessen Übergabe an den Richter oder Notar nach § 2238, wodurch das eigenhändige Testament nicht die Eigenschaft als Privattestament verloren, aber zu dieser Eigenschaft die weitere hinzugewonnen habe, daß sie Bestandteil einer öffentlichen Urkunde und damit selbst eine öffentliche Urkunde geworden sei. In diesem Fall kann die Wirksamkeit des Testaments als Privattestament hervortreten, wenn in ihm Zuwendungen an die Urkundsperson beurkundet sind, während die Eigenschaft als öffentliches Testament in den Vordergrund tritt, wo es sich um den Nachweis der Echtheit, der Beobachtung der Formen und darum handelt, ob ein Erbschein erforderlich ist. 4. Durch Rückgabe an den Erblasser kann ein Testament in seiner Eigenschaft als öffentliches als widerrufen gelten, in seiner Eigenschaft als Privattestament aber fortbestehen.

III. Eigenhändigkeit. 1. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **14** 1627, DStrafrZ. **14** 603. Die Eigenhändigkeit der Schrift ist für die im § 2231 Ziff. 2 vorgesehene Testamentsform wesentliche Voraussetzung. Jeder andere, außer dem Erblasser selbst, ermangelt kraft zwingender Rechtsvorschrift des Rechtes, für ihn und an seiner Statt das Testament niederzuschreiben und mit seinem Namen zu unterzeichnen. Der Erblasser selbst kann keinen anderen rechtswirksam ermächtigen oder beauftragen, diese Rechtshandlung für ihn vorzunehmen (vgl. §§ 267, 268 StGB.).

2. a) KGBl. **14** 101 (KG., 3. Zivils.). Dem Erfordernisse der Eigenhändigkeit der Ortsangabe ist nicht genügt, wenn der Erblasser den Vordruck „Berlin SW 11" hat stehen lassen und als Ortsangabe benutzt hat. b) Dagegen Kahl, JW. **15** 214. Das Gesetz verlangt nicht, daß die Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschrieben wird, sonst hätte es im § 2231 Ziff. 2 heißen müssen: „eine von dem Erblasser eigenhändig unter Angabe des Ortes und Tages geschriebene und unterschriebene Erklärung." Die in einem eigenhändigen Testament enthaltene, der Art nach in das Belieben des Erblassers gestellte Angabe des Ortes und Tages unterliegt der freien Beweiswürdigung. Nur die Erklärung des letzten Willens muß vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben sein. c) KG. (a) best. **RG.** JW. **15** 448.

IV. Entwurf. **RG.** BayRpflZ. **14** 231, R. **14** Nr. 1290. Aus dem Umstande, daß ein eigenhändiges Testament Lücken für spätere Anordnungen läßt und die Unterschrift auf der letzten, im übrigen leeren Seite steht, sowie aus dem Mangel einer sich nicht auf den ganzen Nachlaß erstreckenden Anordnung des Erblassers ist nicht ohne weiteres zu folgern, daß die ganze Niederschrift nur ein Entwurf sein solle. Für die Annahme des Gegenteils können verwertet werden die Art, wie die einzelnen Verfügungen gefaßt und geschrieben sind, die Angabe des Datums, die Überschrift „Mein letzter Wille" und die Unterschrift mit den sämtlichen Vornamen. (Vgl. auch oben zu § 2086.)

V. Richtige Orts- und Zeitangabe. 1. **RG.** SeuffA. **69** 369, JW. **14** 592, BayRpflZ. **14** 231, LeipzZ. **14** 1202, R. **14** Nr. 1436, WarnE. **14** 230

verbleibt bei der bisherigen Rechtsprechung (**RG. 51** 166, **52** 277, **64** 423, JW. **07** 366 — JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 1 b, **6** Ziff. 2 u. 7 zu § 2231), daß der nach § 2231 Nr. 2 zur Gültigkeit des eigenhändigen Testaments erforderlichen Angabe des Tages und Ortes der Errichtung die rechtliche Bedeutung nicht einer Willenserklärung, sondern eines Zeugnisses zukomme und daß sie deshalb bei Meidung der Nichtigkeit des Testaments der Wahrheit entsprechen müsse. Es tritt der Ansicht entgegen, daß die Unrichtigkeit der Zeitangabe unschädlich sei, wenn im einzelnen Fall die Interessen, zu deren Wahrung das Erfordernis der Richtigkeit des Datums aufgestellt ist — das Interesse an der Feststellung der Testamentsfähigkeit, der gesetzlichen Zulässigkeit des eigenhändigen Testaments, des zeitlichen Verhältnisses zu anderen Verfügungen von Todes wegen —, nicht gefährdet sind. Die gegenteilige Annahme würde zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen und selbst dann abzulehnen sein, wenn § 2231 Nr. 2 insoweit, als er die sachliche Richtigkeit der Orts- und Zeitangabe fordert, nicht als eigentliche Formvorschrift anzuerkennen sein sollte.

2. „Berlin W." **RG.** JW. **15** 194, WarnE. **15** 128. Wenn § 2231 die Angabe des Ortes verlangt, wo das Testament errichtet ist, so ist damit nicht gesagt, daß diese Angabe gerade unter Benutzung des aus der politischen Einteilung des Landes sich ergebenden Namens geschehen müsse, es sind vielmehr auch andere Bezeichnungen zulässig, sofern sie mit genügender Deutlichkeit erkennen lassen, welcher Ort gemeint ist. Die Bezeichnung „Berlin W", die von der Postverwaltung für einen bestimmt abgegrenzten Bezirk amtlich benutzt wird, vom allgemeinen Sprachgebrauch übernommen worden und für jedermann verständlich ist, kann als eine der erwähnten Anforderung entsprechende angesehen werden, auch wenn der Ort politisch zu einem Vororte Berlins (z. B. Charlottenburg) gehört.

VI. Unterschrift. 1. KGJ. **45** A 116 hält an der Ansicht KGJ. **31** A 109 — JDR. **5** Ziff. II 3 b zu § 2231 — fest, daß zur Unterzeichnung des eigenhändigen Testaments, auch wenn dieses in Briefform errichtet ist, der bloße Vorname des Erblassers nicht ausreicht.

2. SächsRpflA. **14** 348 (Dresden). Die Unterschrift eines eigenhändigen Testaments muß so beschaffen sein, daß sie in Verbindung mit dem Inhalt des Testaments die Identität des Erblassers zweifellos ergibt. Diesem Erfordernisse ist genügt, wenn der Erblasser als „Deine Mutter" unterschrieben hat, nachdem sie in dem Testament ihren vollständigen Namen ausdrücklich angeführt und an ihren Sohn Otto B. gerichtet hat (RGRKomm. Anm. 6 zu § 2231). — In der Bestimmung „Ich wünsche, daß das Geld den Kindern verbleibt", kann eine Nacherbeinsetzung der Kinder des Sohnes gefunden werden.

3. Vgl. auch unten zu VII.

VII. Randvermerke. **RG.** LeipzZ. **14** 1117. Der auf einem eigenhändigen Testament am Rande niedergeschriebene Zusatz kann, wennschon er mit einer besonderen Angabe des Ortes und Tages der Niederschrift nicht versehen ist, dem Formerfordernisse des § 2231 Nr. 2 genügen, wenn die Orts- und Tagesangabe am Kopfe der Urkunde nicht nur mit dem darauffolgenden Haupttexte des Testaments, sondern auch mit der am Rande befindlichen Niederschrift in einem die Zusammengehörigkeit klarstellenden räumlichen Verhältnisse steht.

§ 2238. I. Mündliche Verlautbarung und Vorlesung. **RG.** JW. **14** 874, BayNotZ. **14** 346, LeipzZ. **14** 1616, R. **14** Nr. 2276—2278. Durch bloße Gebärden oder Zeichen an Stelle des gesprochenen Wortes kann das Mündlichkeitsgebot des § 2238 nicht erfüllt werden. Läßt sich nicht mehr feststellen, inwieweit der Erblasser die Übereinstimmung seines Willens mit dem Niedergeschriebenen durch bloßes Kopfnicken zu erkennen gegeben hat, so besteht zugunsten der Aufrechterhaltung des Testaments die öffentliche Beurkundung, daß der letzte Wille mündlich verlautbart sei (§ 415 Abs. 1 ZPO.). — Hat der Notar den vor

dem Beginne der Testamentsverhandlung niedergeschriebenen Entwurf dem Erblasser abschnittsweise vorgelesen, um auf diese Weise die mündliche Erklärung darüber zu erlangen, wie er letztwillig verfügen wolle, so richtete er in dieser Gestalt Fragen an den Erblasser, in die er die entsprechenden von ihm vorgelesenen Abschnitte des Entwurfes einflocht. Und zwar betrafen diese Fragen den sachlichen Inhalt des letzten Willens, dessen Erklärung jeweilig noch bevorstand. Sie hatten also mit Einschluß dessen, was darin durch wörtliche Vorhaltung des Niedergeschriebenen einbezogen war, noch nicht die Bedeutung einer Vorlesung des Protokolls im Sinne des § 2242, vielmehr mußte dem nach vorstehendem ausreichenden Verhandlungsvorgange der mündlichen Erklärung des letzten Willens (§ 2238) noch eine besondere Vorlesung des Protokolls nachfolgen. Das Gesetz hat mit gutem Grunde Vorsorge getroffen, daß bei der Errichtung des öffentlichen Testaments die sachliche Willenserklärung des Erblassers zweimal, und zwar jedesmal in anderer Art und in anderer Bedeutung zu Gehör gebracht wird, einmal durch unmittelbare mündliche Kundgebung von seiten des Erblassers und sodann von der anderen Seite durch Vorlesung des Protokolls, vermöge deren der Erblasser und die Zeugen erfahren, wie der beurkundende Beamte den Erblasser verstanden hat, und durch die gleichzeitig der Erblasser Gelegenheit erhält, nochmals zu überlegen, ob er an dem Erklärten festhalten wolle.

II. Erklärung des Erblassers in fremder Sprache. **RG. 85** 308, JW. **15** 32, LeipzZ. **15** 36. § 2238 enthält keine Vorschrift über die zu gebrauchende Sprache, während dies bei dem in unmittelbarem Zusammenhange stehenden § 2240 der Fall ist. Dieser Gegensatz weist deutlich darauf hin, daß für die mündliche Erklärung der Gebrauch einer fremden Sprache nicht ausgeschlossen sein soll. Es läßt sich auch nicht sagen, daß es unstatthaft sein müsse, über eine in fremder Sprache geführte Verhandlung ein Protokoll in deutscher Sprache aufzunehmen, denn dies wird im § 187 Abs. 2 GVG. ausdrücklich zugelassen. Deshalb kann in dem Gebrauch der polnischen Sprache bei der mündlichen Erklärung ein Verstoß gegen § 2238 nicht gefunden werden.

III. Übergabe der Schrift. Rumpf, JW. **14** 445, bespricht die Entsch. **RG. 81** 34 — JDR. **12** Ziff. 3a zu § 2238 — und ist der Ansicht, daß der Gesetzgeber mit der im § 2238 vorgesehenen Übergabe der Schrift nur möglichst die zuverlässige Übermittlung des letzten Willens an die Urkundsperson habe sicherstellen wollen, ohne daß auf das Wort „übergibt" ein besonderer Ton gelegt worden sei.

IV. Beweiskraft der übergebenen Schrift. **RG. 84** 163, JW. **14** 531, LeipzZ. **14** 1021, RJA. **13** 213, BayNotZ. **14** 273, R. **14** Nr. 792. Die gemäß § 2238 dem Notar überreichte Schrift bildet allerdings (vgl. abweichend §§ 176 Abs. 2, 177 FGG.) keinen Teil des Protokolls in dem Sinne, daß sie der Vorschrift des § 2242 unterliegt, also mit vorgelesen und genehmigt werden muß. Durch die dem § 2238 entsprechende Übergabe und Erklärung wird im übrigen aber die Schrift Bestandteil des Protokolls und damit Teil der öffentlichen Urkunde. Ihr Inhalt kann daher zur Behebung von Zweifeln, die sich aus dem Inhalt des Protokolls ergeben, insbesondere zur Feststellung des richtigen Datums (vgl. **RG. 81** 95) herangezogen werden. (Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2241.)

§ 2241. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **12** Ziff. 2 zu § 2241 — auch BayObLG. **14** 577, SeuffA. **69** 322.

2. **RG. 84** 163, JW. **14** 531, LeipzZ. **14** 1021, RJA. **13** 213. Eine versehentlich unrichtige Datierung des über die Errichtung eines Testaments aufgenommenen Protokolls ist (vgl. **RG. 81** 95, JDR. **12** Ziff. 1 zu § 2241) unschädlich, wenn das Protokoll Zweifel über das wirkliche Datum ergibt und dieses durch

die unmittelbar mit der Protokollierung zusammenhängenden, dem Gesetz entsprechenden Vorgänge klargestellt werden kann. Solche Zweifel über das wirkliche Datum können namentlich entnommen werden aus der mit zum Protokoll gehörigen, von dem Erblasser dem Notar übergebenen Schrift, aus dem von dem Notar auf das Protokoll gesetzten, die Nummer des Notariatsregisters und den Jahrgang angebenden Vermerk, auch aus der Aufschrift des Umschlags, mit dem der Notar das Testament verschlossen hat, namentlich in Verbindung mit dem Umstande, daß sich im Protokolle hinter der vorgedruckten Jahreszahl eintausendneunhundert eine Lücke befindet. (Vgl. auch Ziff. IV zu § 2238).

§ 2242. **a)** KGJ. **45** A 120, RJA. **13** 206. Auf das Testament eines blinden Erblassers finden sämtliche Vorschriften des § 2242 Anwendung. Das Protokoll muß daher die eigenhändige Unterschrift des Erblassers oder die Feststellung seiner Erklärung, daß er nicht schreiben könne, enthalten. Diese Feststellung kann durch die Feststellung seiner Erklärung, daß er blind sei, in der Regel nicht ersetzt werden. **b)** Dagegen Danz, JW. **14** 385. Mit der Zweckbestimmung des § 2238 Abs. 2, möglichste Sicherheit für den letzten Willen zu erreichen, ist die Forderung, daß der Blinde das Protokoll unterschreiben müsse, nicht vereinbar. Denn eine Sicherheit dafür, daß der Blinde mit seiner Namensunterschrift das darüberstehende Protokoll billigen oder bestätigen werde, kann gar nicht erreicht werden, da ihm jede Möglichkeit, dies zu beurteilen, fehlt. Außerdem kann in der Erklärung des Erblassers, daß er blind sei, die Erklärung, daß er nicht schreiben könne, gefunden werden; denn im allgemeinen verliert der Mensch mit der Erblindung überhaupt die Fähigkeit, zu schreiben, d. h. sich durch die Schrift verständlich zu machen. **c)** Im wesentlichen übereinstimmend Lehmann, JW. **14** 1057.

§ 2248. Schmitt, BayNotZ. **14** 501. Für das Verlangen des Erblassers, sein eigenhändiges Testament in amtliche Verwahrung zu nehmen, ist gesetzlich eine Form nicht vorgeschrieben, es genügt daher auch die Zusendung durch einen Boten oder durch die Post. Nur wenn der Verdacht begründet ist, daß ein Testament untergeschoben oder sonst ein Mißbrauch damit getrieben werden solle, kann der Nachweis gefordert werden, daß das zur Verwahrung übersandte Testament auch von der als Erblasser bezeichneten Person herrührt (Planck, Erl. 2 zu § 2248, RJA. **1** 146, KGJ. **20** A 259). § 213 BayGeschO. f. d. Notariate, der die persönliche Übergabe des Testaments durch den Erblasser oder einen Dritten vorsieht, behandelt nur den Regelfall. Handelt es sich daher um eigenhändige Testamente von Personen, die zum Heeresdienst einberufen sind, so wird der Notar davon absehen können, durch weitere Anregungen eine Feststellung der Persönlichkeit des Erblassers zu ermöglichen, wenn nicht Grund zu der Annahme gegeben ist, daß mit der Einsendung des Testaments ein Mißbrauch beabsichtigt sei.

§ 2255. 1. In HansGZ. **14** Beibl. 20 werden die im Anschluß an HansGZ. **12** Beibl. 152 — JDR. **11** Ziff. II 1 zu § 2255 — ergangenen Entsch. des RG. u. OLG. Hamburg mitgeteilt (das OLG. hat die Klagabweisung gebilligt).

2. R. **14** Nr. 943 (KG.). Sind mehrere Urschriften eines Testaments vorhanden und ist eine Urschrift vernichtet, so ist es Sache freier, durch § 2255 Abs. 2 nicht gebundener Beurteilung, ob der Erblasser mit der Vernichtung der einen Urschrift die Aufhebungsabsicht verfolgt hat.

3. BadRpr. **14** 115 (Karlsruhe). Bei der Vernichtung oder Veränderung des Testaments kann sich der Erblasser (z. B. zum Zerreißen der Urkunde) der Hand eines Dritten als seines Werkzeugs bedienen, doch muß noch bei seinen Lebzeiten sein Wille vollstreckt sein. Es genügt daher nicht, wenn der Erblasser lediglich jemand beauftragt oder ermächtigt hat, sein Testament zu zerreißen oder sonstwie zu vernichten, dieser aber, einerlei aus welchen Gründen, den Auftrag nicht ausgeführt hat.

4. **RG.** WarnE. **15** 129. Das Durchstreichen einer schriftlichen Willenserklärung pflegt im Verkehr ganz allgemein als Mittel zur Aufhebung der Erklärung angewendet zu werden, mag die Durchstreichung mit Tinte oder mit Bleistift erfolgt sein. Dies gilt auch von der Durchstreichung einer Testamentsurkunde oder einzelner Teile der Urkunde.

6. *Klein, ABürgR. **40** 196, legt dar, daß es zum Widerruf eines Testaments genügt, wenn der Erblasser (A.) sich nachträglich ausdrücklich oder stillschweigend mit der von einem Dritten (B.) eigenmächtig (widerrechtlich) vorgenommenen Vernichtung der von A. errichteten Testamentsurkunde einverstanden erklärt, ja, daß ein Testament als widerrufen anzusehen ist, wenn die Testamentsurkunde zufällig untergegangen ist und der Erblasser sich hinterher damit einverstanden erklärt hat.

§ 2256. KGJ. **45** A 126, RJA. **13** 91, R. **14** Nr. 2100. Ein Testament kann dem Erblasser, der seinen Wohnsitz nach dem Ausland verlegt hat, auch im Wege der Rechtshilfe durch Ersuchen eines deutschen Konsuls zurückgegeben werden. Dieser kann, auch wenn er nicht mit Gerichtsbarkeit ausgestattet ist, die Rückgabe entweder selbst bewirken oder durch die zuständige Landesbehörde herbeiführen.

§ 2258. 1. ElsLothJZ. **14** 5, ElsLothNotZ. **14** 142 (Colmar). Durch ein gemeinschaftliches Testament wird ein von dem einem der Ehegatten errichtetes früheres Testament nur insoweit aufgehoben, als das spätere mit dem früheren in Widerspruch steht. Eine dem § 2289 Abs. 1 ähnliche Bestimmung enthält das Gesetz für gemeinschaftliche Testamente nicht. (S. a. oben zu §§ 2169, 2170.)

2. R. **14** Nr. 1291 (BayObLG.). Verfügt ein späteres Testament seinem Wortlaut nach zwar über den ganzen Nachlaß, ergibt aber dessen sonstiger Inhalt, daß der Erblasser nur über bestimmte Vermögensstücke hat verfügen wollen, so ist das frühere Testament nur soweit aufgehoben, als die tatsächliche Verfügung des späteren Testaments reicht.

3. BayObLG. **15** 189. Ist nach dem Inhalt eines späteren Testaments nur über einen Teil des Nachlasses verfügt, so ist das frühere Testament nicht außer Kraft gesetzt, sondern der dort als Erbe eingesetzte überlebende Ehegatte ist nur mit der Verpflichtung beschwert, die nachträglichen Zuwendungen des späteren Testaments zu erfüllen.

§ 2259. KGJ. **46** A 136. Die Verpflichtung des Notars, die Urschrift eines in seiner amtlichen Verwahrung befindlichen Testaments oder Erbvertrags zum Zwecke der Eröffnung an das Nachlaßgericht abzuliefern, fällt ohne Unterschied, ob es sich dabei um die besondere amtliche Verwahrung im Sinne des § 2246 oder um eine sonstige amtliche Verwahrung handelt, nicht unter den Abs. 1 des § 2259, vielmehr ist sie nach Abs. 2 oder nach Analogie des Abs. 2 dieser Vorschrift zu beurteilen. Es ist daher für ein Ordnungsstrafverfahren gegenüber dem Notar (§ 83 Abs. 1 FGG.) kein Raum. Anders KGJ. **36** A 91, JDR. **7** Ziff. 2 zu § 2261.

§§ 2259, 2260. I. Josef, PosMSchr. **14** 83. 1. Hegt das Nachlaßgericht den Verdacht, daß jemand im Besitz eines Testaments sei, und bestreitet der Besitzer, daß die geständlich in seinem Besitz befindliche Urkunde ein rechtsgültiges Testament sei, so kann das Gericht die Herausgabe nicht schlechthin deshalb erzwingen (§ 83 FGG.), weil es selbst prüfen will, ob jene Urkunde ein rechtsgültiges Testament sei, sondern nur dann, wenn es auf Grund seiner Ermittlungen gerechtfertigten Anlaß zu der Annahme hat, daß jene Urkunde ein rechtswirksames Testament darstelle. Ebenso kann das Gericht gegen den angeblichen Besitzer, wenn dieser überhaupt bestreitet, im Besitz eines Testaments zu sein, mit Zwangsmaßregeln nur vorgehen, wenn es gerechtfertigten Anlaß zu der Annahme hat, daß er das Testament wirklich besitze. 2. Das Nachlaßgericht hat ein Testament, dessen Gültigkeit aus

rechtlichen oder tatsächlichen Gründen zweifelhaft ist, in Verwahrung zu nehmen und zu eröffnen, so namentlich ohne Prüfung, ob es durch ein späteres widerrufen ist (§ 2254) oder mit einem späteren in Widerspruch steht (§ 2258), ob bei Durchstreichungen die Vermutung des § 2255 begründet ist oder ob die Unwirksamkeit der Verfügungen des einen Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament auch die Unwirksamkeit derer des anderen Ehegatten nach sich zieht (§ 2270). Es hat jene Amtshandlungen dagegen abzulehnen, wenn die Ungültigkeit des Testaments ohne weiteres klar liegt, z. B. wenn beim Nottestament klar liegt, daß keine der im § 2252 Abs. 2—4 bezeichneten Voraussetzungen vorhanden ist, oder wenn das öffentliche Testament dem Erblasser aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben war (§§ 2256 Abs. 1, 2).

II. Aus der Praxis. 1. RJA. **13** 82, R. **14** Nr. 2101 (KG.). Das Nachlaßgericht ist nicht befugt, ein Testament vor seiner Eröffnung auf seine Gültigkeit zu prüfen, sofern nicht etwa wegen eines sofort in die Augen springenden Mangels überhaupt kein Testament vorliegt. Daß dieser Unterschied ein flüssiger ist, steht seiner inneren Berechtigung nicht entgegen (RJA. **6** 111, KGJ. **27** A 38, JDR. **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 2 zu § 2260). Die Eröffnung darf nicht wegen ihrer vermeintlichen „Zwecklosigkeit" unterbleiben. RJA. **1** 45 (BayObLG.) und RJA. **1** 185 (Hamburg), JDR. **1** Ziff. 1 zu § 2260, stehen nicht entgegen, da sie gegenstandslos gewordene gemeinschaftliche Testamente betreffen. Wenn RJA. **3** 69 (Colmar), JDR. **1** Ziff. 6 zu § 2260, die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen für entbehrlich erachtet hat, weil die Beteiligten auf sie verzichtet haben und kein Dritter an ihr ein Interesse habe, so trifft dieser Grund nicht zu, wenn das Erbschaftssteueramt die Eröffnung betreibt. Wenn diese Behörde auch kein bevorvorzugtes Recht auf Testamentseröffnung hat (OLG. **18** 359, JDR. **8** Ziff. 1, **7** Ziff. 3 zu § 2259), so ergibt sich ihr berechtigtes Interesse an der Erfüllung der dem Nachlaßgericht obliegenden Amtspflicht doch aus ihrem Recht auf Erteilung einer beglaubigten Abschrift jeder eröffneten Verfügung von Todes wegen (§§ 34, 40, 41, 62 RErbschStG. vom 8. Juni 1906, ErbschStAusfBest. des BR. vom 16. Juni 1906, AVf. des PrFinMin. u. JustMin. vom 26. Juni 1906), vgl. für das frühere preußische Recht KGJ. **22** A 265.

2. HessRspr. **15** 268 (LG. Gießen). Bedenken, ob eine als angebliches Testament eines Verstorbenen dem Nachlaßgericht abgelieferte Postkarte ein gültiges Testament sei, berechtigen das Nachlaßgericht nicht, die Eröffnung abzulehnen. Die Eröffnung darf nur abgelehnt werden, wenn es sich um ein Schriftstück handelt, das offenbar kein Testament ist.

§ 2260. 1. Oppermann, SächsRpflA. **14** 305, hält es auf Grund des SächsG. vom 18. Oktober 1912 (§ 38 a G. vom 15. Juni 1900) für zulässig, dem Gerichtsschreiber die Testamentseröffnung zu übertragen, und erachtet ihn für zuständig, den Vorgang zu beurkunden.

2. KGJ. **45** A 134, KGBl. **14** 47. Die Testamentseröffnung liegt dem Nachlaßgericht von Amts wegen ob; ein darauf gerichteter Antrag hat nur die Bedeutung, ein amtliches Vorgehen anzuregen. Aus den §§ 2260, 2263 ist zu folgern, daß das Testament mit tunlichster Beschleunigung eröffnet werden soll und die Eröffnung nicht durch andere Erhebungen in einer ihrem Zwecke widersprechenden Weise hinausgeschoben werden darf. Von Anfragen bei der Ortspolizeibehörde oder bei dem Verstorbenen nahestehenden Personen, die regelmäßig zweckmäßig sind, wird doch Abstand zu nehmen sein, wenn nach Lage des Einzelfalls der mit ihnen immerhin verbundene mäßige Zeitverlust dem öffentlichen Interesse oder dem berechtigten Interesse des Antragstellers widerspricht. In keinem Falle darf die Terminsbestimmung durch weitläufige Ermittlungen über die Person oder den Aufenthalt der gesetzlichen Erben

in unverhältnismäßiger Weise verzögert oder gar von einer ausreichenden Auskunft des Antragstellers über diese Zustände abhängig gemacht werden.

3. KGJ. **45** A 130, RJA. **13** 87, R. **14** Nr. 2102. Hat ein Deutscher ein Testament vor einem ausländischen Notar errichtet und ist diesem durch das Recht seines Staates die Aushändigung der Urschrift verboten, so kann das deutsche Nachlaßgericht der Testamentseröffnung eine Ausfertigung des Notariatsakts zugrunde legen.

§ 2261. SchlHolstAnz. **14** 116 (LG. Kiel). § 2261 bezieht sich seinem Wortlaut nach in erster Linie nur auf die in der besonderen amtlichen Verwahrung der §§ 2246, 2248 befindlichen Testamente, muß aber auch darüber hinaus auf solche Testamente Anwendung finden, die sich bei einem anderen Gericht in Verwahrung befinden, ohne in die besondere amtliche Verwahrung der §§ 2246, 2248 gebracht worden zu sein (aM. KGJ. **33** A 102, JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 2260).

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

Literatur: Kanoldt, Pflichtteilsanspruch des Dritten im Falle des § 2269, ABürgR. **40** 262. — Krämer, Besitzsteuergesetz und letztwillige Verfügungen, LeipzZ. **14** 1354.

§ 2267. 1. SächsOLG. **35** 261, ZBlFG. **14** 597. Für die Beantwortung der Frage, ob ein gemeinschaftliches Testament vorliege, ist entscheidend, ob die Verfügungen in einer Urkunde enthalten sind und das Testament so als ein einheitliches Ganzes in die Erscheinung tritt (**RG. 72** 204, JDR. **8** Ziff. 2 zu § 2265).

2. NaumburgAK. **14** 23 (KG.). Die Beitrittserklärung muß sich zeitlich an die Haupterklärung anschließen, setzt also zu ihrer Wirksamkeit und damit zur Formgültigkeit des ganzen gemeinschaftlichen Testaments eine im Augenblick ihrer Niederschrift vollständig abgeschlossen vorliegende formgültige Haupterklärung voraus (KGJ. **26** A 45, **28** A 22, JDR. **2** Ziff. 1 zu § 2267, **3** zu §§ 2360, 2361).

§ 2269. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1361. Ein Fall des § 2269 ist nicht gegeben, wenn in einem gemeinschaftlichen Testament die Verwandten des Mannes als Erben des Nachlasses des Mannes und die Verwandten der Frau als Erben ihres Nachlasses berufen sind (**RG. 79** 277, JDR. **11** Ziff. 4 zu § 2269). Anders liegt der Fall, wenn das beiderseitige Vermögen der Ehegatten kraft der Gütergemeinschaft bereits zu einer Einheit verbunden war und jeder Erblasser unter seinem Nachlasse nur die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens verstanden wissen wollte. Gleichwohl darf als Erblasser hinsichtlich der von dem verstorbenen Ehegatten herrührenden Zuwendungen und der Zuwendungen, die aus dessen Nachlasse von dem überlebenden Ehegatten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft gemacht sind, der erstverstorbene Ehegatte angesehen werden, so daß der Miterbe über diese Zuwendungen nach §§ 2050, 2054 den übrigen Erben Auskunft zu erteilen hat.

2. *Kanoldt 262. Durch die gemeinschaftliche Verfügung bindet der Erstversterbende den Letztversterbenden, die Erbeinsetzung des Dritten unberührt zu lassen. Der Letztversterbende kann aus diesem Grunde die gemeinschaftlich getroffene Erbeinsetzung des Dritten nicht mehr aufheben. Deshalb kann man nicht feststellen, daß der Erstverstorbene den Dritten von der Erbfolge ausgeschlossen hat. Der Pflichtteilsanspruch besteht also nicht. Praktisch ist er auch nicht durchführbar mit Rücksicht auf die Härten gegenüber denjenigen Pflichtteilsberechtigten, die ihn nicht verlangen. Denn beim Tode des Letztverstorbenen ist nur eine Masse da, von der sich das Vermögen des Erstverstorbenen unmöglich noch sondern läßt, so daß der Dritte an diesem Teile nochmals als Erbe des Letztversterbenden teilnimmt, obwohl er schon den Pflichtteil aus ihm erhalten hat. Die vielen vorgeschlagenen Lösungen sind sämtlich willkürlich.

§§ 2269, 2270. **RG.** R. **14** Nr. 944, 945. Der Umstand, daß das Vermögen des einen Ehegatten das des anderen um ein Erhebliches übersteigt und dieses nicht einmal zur Deckung der den Verwandten zugewendeten Vermächtnisse ausreicht, nötigt noch nicht zu dem Schlusse, daß die Erblasser eine Verschmelzung ihres beiderseitigen Vermögens zu einer Einheit gewollt haben. Durch das dem überlebenden Ehegatten eingeräumte Recht, zu bestimmen, zu welchen Anteilen die aus dem Vermögen des erstverstorbenen zu entrichtenden Vermächtnisse verteilt werden sollen, und für den Fall des Todes der einen Vermächtnisnehmerin ihr ihre Schwester zu substituieren, ist die Vermächtnisanordnung selbst unberührt geblieben und der überlebende Ehegatte an sie gebunden. Seine Stellung ist ähnlich der des Dritten, dem bei einem Mehreren ausgesetzten Vermächtnisse die Verteilung des vermachten Gegenstandes überlassen ist (§ 2153). Die Bedachten haben mit dem Tode des Erstverstorbenen eine von dem Befinden der Erblasser unabhängig gewordene Erwerbsaussicht auf eine nur ihrem Betrage nach noch nicht feststehende Geldsumme erlangt.

§ 2273. MecklZ. **14** 298 (Rostock). Befand sich ein vor dem 1. Januar 1900 errichtetes gemeinschaftliches Testament in der Verwahrung einer nicht gerichtlichen Behörde (z. B. des Magistrats), ohne daß dieser die Verrichtungen des Nachlaßgerichts nach neuem Rechte zustehen, so ist, wenn der eine Ehegatte nach dem 1. Januar 1900 verstirbt, das Testament uneröffnet an das zuständige Nachlaßgericht abzuliefern und von diesem, soweit es Verfügungen des verstorbenen Ehegatten enthält, zu eröffnen, demnächst aber in die besondere amtliche Verwahrung, in der es sich vor der teilweisen Verkündung befand, zurückzubringen.

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

Literatur: Neubecker, Der Ehe- und Erbvertrag im internationalen Verkehre, Leipzig 1914.

§§ 2274 ff. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 76. Der Erbvertrag zugunsten Dritter ist nach Voraussetzungen und Wirkungen von den Verpflichtungsverträgen zugunsten Dritter völlig zu scheiden; nur das eine Moment ist ihnen beiden gemeinsam: die Wirkung zugunsten eines unbeteiligten Dritten kraft Parteiwillens. Damit verbietet sich jede analoge Anwendung der §§ 328 ff. BGB. auf den Erbvertrag zugunsten Dritter.

§ 2281. SeuffA. **69** 470, R. **14** R. 1437 (Braunschweig) bringt die Bestimmung im § 2281 auf gemeinschaftliche Testamente zur entsprechenden Anwendung und spricht deshalb dem überlebenden Ehemanne das Recht zu, das von ihm mit seiner verstorbenen Frau errichtete Testament um deswillen anzufechten, weil darin seine jetzige zweite Ehefrau übergangen worden sei. (Vgl. **RG. 77** 165, JW. **12** 23, JDR. **10** Ziff. 3 und **11** Ziff. IV zu § 2271.)

§ 2290. *Haberstumpf, BayNotZ. **15** 10. Die Parteivertreter können vor dem OLG. einen Erbvertrag durch Prozeßvergleich nur dann aufheben, wenn die Partei, die in dem Erbvertrag als Erblasser auftritt, anwesend ist, abgesehen hiervon selbst dann nicht, wenn sie einen von den beiden Parteien persönlich unterschriebenen Privatschriftsatz als Anlage zum Protokolle geben (§ 160 Abs. 3 ZPO.). Vgl. **RG. 48** 188.

§ 2300. Carlebach, BadNotZ. **14** 102, hält es nach Reichsrecht für unzulässig, widerrufene — nicht in besondere Verwahrung gebrachte oder aus ihr entnommene — Erbverträge zu eröffnen oder dem Nachlaßgerichte vorzulegen, und regt eine Änderung der dahin gehenden badischen justizdienstlichen Vorschriften (§ 124 a und § 134 RPolO.) an.

§ 2301. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **12** Ziff. 1 zu § 2301 (Schenkung erst nach dem Tode des Schenkers überbrachter Sachen) — auch **RG. 83** 223.

2. Abs. 2. **RG.** JW. **14** 301, BayRpflZ. **14** 125. Eine sofort vollzogene Schenkung von Todes wegen unterliegt nach § 2301 Abs. 2 auch hinsichtlich ihrer Widerruflichkeit den Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Vorbemerkung: Hervorzuheben sind die Ausführungen von Oertmann, ZBlFG. **15** 357, über die cautela Socini, eine vom BGB. nicht ausdrücklich behandelte Testamentsbestimmung, die auch für das heutige Recht von Bedeutung ist (Ziff. II 1 zu § 2306). — Martin hat ZBlFG. **14** 791 (zu § 2316 und § 2318) zwei rechnerische Formeln aus dem Pflichtteilsrecht veröffentlicht und gerechtfertigt, die allgemeine Beachtung verdienen, insbesondere soweit für die Art der Verrechnung einer ausgleichungspflichtigen Zuwendung, die zufolge einer Bestimmung des Erblassers zugleich auf den Pflichtteil anzurechnen ist, eine neue befriedigende Lösung versucht wird. — Bührer, ZBlFG. **15** 213, (zu §§ 2325 ff.), hat eine zusammenhängende Darstellung des Rechtes auf Ergänzung des Pflichtteils nach dem BGB. geliefert. — Über die Geltendmachung von Ansprüchen des pflichtteilsberechtigten Alleinerben auf Auskunft und auf Herausgabe von Geschenken verhält sich die Entsch. des **RG. 84** 204, Ziff. 1 zu § 2329.

§ 2303. Ebbecke, R. **14** 405, behandelt den Pflichtteilsanspruch, und zwar in Betracht I. der Person des Pflichtteilsberechtigten, II. der Natur des Anspruchs als eines schuldrechtlichen, III. der Höhe des Anspruchs, IV. der Ergänzung des Pflichtteils.

§ 2304. RG. PosMSchr. **13** 140, BayRpflZ. **14** 170, WarnE. **14** 313. Die Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten zum „Erben" schließt die Annahme nicht aus, daß er gleichwohl nur einen Geldanspruch haben soll, wenn dies der gesamte Inhalt der letztwilligen Verfügung als den wahren, wenn auch unvollkommen ausgedrückten Willen des Erblassers ergibt. — Der Umstand, daß der Pflichtteilsberechtigte bei der Verteilung von Nachlaßwerten als Miterbe behandelt worden ist und sich dies hat gefallen lassen, rechtfertigt nicht ohne weiteres den Schluß, daß er auch in Zukunft mit einer solchen Behandlung einverstanden gewesen sei und sich seines an sich begründeten Rechtes auf sofortige Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs habe begeben wollen.

§ 2306. I. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **12** Ziff. 2 zu § 2306 (Beginn des Laufes der Ausschlagungsfrist für den Pflichtteilsberechtigten) — auch WarnE. **14** 40.

II. Cautela Socini. 1. Örtmann, ZBlFG. **15** 357, hält die cautela Socini, d. h. eine Bestimmung im Testamente, daß der von ihr Betroffene auf den Pflichtteil gesetzt werde, wenn er das Testament „anfechte" oder „antaste", auch unter der Herrschaft des BGB. noch für erheblich und bedeutsam. Die Klausel bedeutet für den Fall des § 2307, daß der Pflichtteilsberechtigte, wenn er den Pflichtteil auch nur im Sinne der Auffüllung über den Vermächtniswert hinaus verlangt, das Vermächtnis ebenso verliert, wie wenn er dies von vornherein ausgeschlagen hätte, und nur noch den Anspruch auf den Pflichtteil hat, selbst wenn er vorher bereits das Vermächtnis angenommen hätte. Sie ist aber auch im Fall des § 2306 von Bedeutung: sie kann auch für den Fall bestimmt sein, daß das Hinterlassene die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt oder daß der als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte nach der Annahme der Erbschaft die Unwirksamkeit der Beschwerungen mit der Begründung geltend macht, der hinterlassene Erbteil sei auch abgesehen von den Beschwerungen nicht größer als der Pflichtteil. Die Bedeutung der Beifügung der Klausel ist (371), daß der Empfänger im Fall der Anfechtung das ihm ursprünglich Zugewendete verlieren soll (durch Vornahme der Anfechtung auflösend bedingte Zuwendung!), während ihm nunmehr der Pflichtteil als Ver-

mächtnis zugewendet wird. Der hieraus hergeleitete Anspruch ist nicht der kurzen Verjährung des § 2332 unterworfen.

2. Aus der Praxis. a) ZBlFG. **14** 593 (Dresden). Hat der Erblasser bestimmt, daß sein Sohn, sofern dieser mit den angeordneten Beschränkungen nicht einverstanden sein sollte, nur den Pflichtteil erhalten dürfe, so geht der also zum Erben Eingesetzte seines Erbteils nicht dadurch verlustig, daß er die Gültigkeit der Anordnung einer Nacherbfolge bestreitet, sofern anzunehmen ist, daß der Erblasser mit seiner Bestimmung nicht der Feststellung der formellen Gültigkeit des Testaments entgegentreten, sondern nur einen gegen den Inhalt des formell gültigen Testaments erhobenen Widerspruch treffen wollte. b) LeipzZ. **14** 1816 (München). Wer das Vermögen des Erben gemäß § 419 BGB. übernommen hat, kann sich gegenüber den Ansprüchen eines Vermächtnisnehmers, da er selbst nicht erbbeteiligt ist, auf die cautela Socini nicht berufen, sondern nur geltend machen, daß der Erbe von dieser Testamentsbestimmung Gebrauch gemacht und der Vermächtnisnehmer daher nichts mehr zu fordern habe. c) Vgl. auch oben zu § 2075.

§ 2313. a) Die Entsch. des **RG.** — JDR. **12** Ziff. 2 b zu § 2313 — (Das Nacherbrecht als unsicheres Recht im Sinne des § 2313) auch **RG. 83** 253, JW. **14** 150, SeuffA. **69** 409, LeipzZ. **14** 565. b) Ebenso Rürck, JheringsJ. **63** 309 entgegen Kisch, JheringsJ. **61** 1.

§ 2314. FrankfRundsch. **47** 282 (LG. Frankfurt a. M.). Die Auskunftspflicht des Erben nach § 2314 ist eine persönliche Verbindlichkeit des Erben als solche, auch wenn über den Nachlaß die Nachlaßverwaltung angeordnet ist. Je nach den Umständen des Falles hat der Pflichtteilsberechtigte einen Anspruch auf Auskunfterteilung über den Bestand des Nachlasses sowohl gegen den Erben, als auch gegen den Nachlaßverwalter.

§ 2316. Abs. 4. Martin, Rechnerische Formeln aus dem Pflichtteilsrecht, ZBlFG. **14** 791. Die nach § 2315 verrechnete Pflichtteilslast darf durch die Anwendung des § 2316 weder zugunsten noch zu Lasten des Erben verschoben werden. Deshalb muß die Summe der nach den Gesetzen der Kollation unter die Abkömmlinge verteilten Pflichtteilsbeträge stets derjenigen Summe gleich sein, die bei einer ausschließlich auf § 2315 aufgebauten Berechnung auf die Pflichtteile der Abkömmlinge entfällt. Andererseits muß der den einzelnen Pflichtteilsberechtigten zugewiesene Betrag jedem Abkömmling einen derartigen Anspruch gewähren, daß sämtliche Deszendenten unter Hinzurechnung ihrer einzelnen Vorempfänge gleichviel empfangen haben. Deshalb muß die Summe der zu suchenden endgültigen Pflichtteile gleich sein der Summe der nach § 2315 verrechneten Pflichtteile, und die Differenz zwischen zwei endgültigen Pflichtteilsbeträgen gleich sein der Differenz zwischen den zwei korrespondierenden, nach § 2316 berechneten Pflichtteilsbeträgen. Bezeichnet man 1. die Zahl der ausgleichungspflichtigen Abkömmlinge mit n, 2. die ausschließlich nach § 2315 berechneten Pflichtteilsbeträge mit P^1, P^2 bis P^n, 3. die ausschließlich nach § 2316 berechneten Pflichtteilsbeträge mit p^1, p^2 bis p^n, 4. die endgültigen (zu suchenden) Pflichtteilsbeträge mit π^1, π^2 bis π^n, 5. die Gesamtsumme der jeweiligen Pflichtteilsbeträge mit ΣP, Σp und $\Sigma \pi$, so ergibt sich die Formel

$$\pi^1 = p^1 + \frac{\Sigma P - \Sigma p}{n}, \quad \pi^2 = p^2 + \frac{\Sigma P - \Sigma p}{n} \text{ usw.}$$

§ 2317. **RG.** R. **14** Nr. 2881. Abzulehnen ist die Anschauung, als ob die Pflichtteilsforderung ohne weiteres vom Tode des Erblassers an zu verzinsen sei, weil der Anspruch auf den Pflichtteil kein gewöhnlicher schuldrechtlicher Anspruch ist, sondern erbrechtliche Elemente enthält.

§ 2318. Martin, Rechnerische Formeln aus dem Pflichtteilsrechte, ZBlFG. **14** 789. Der Beitrag des Vermächtnisnehmers zur Pflichtteilslast (x) oder — richtiger

gesagt, derjenige Betrag, um den der Erbe das Vermächtnis kürzen darf —, ist gleich dem Quotienten, der sich aus einer Teilung des Produkts aus Pflichtteilslast (P) und Vermächtnis (V) durch den Betrag des ungeschmälerten Nachlasses (N) ergibt. $x = \frac{VP}{N}$.

§ 2321. **RG.** SeuffA. **69** 323, JW. **14** 593, BayRpflZ. **14** 302, WarnE. **14** 232, R. **14** Nr. 1438. Der Pflichtteilsberechtigte braucht sich die Verweisung auf ein Vermächtnis nicht gefallen zu lassen. Er kann, wenn er das Vermächtnis ausschlägt, den Erben in voller Höhe des Pflichtteils in Anspruch nehmen. In diesem Falle behält aber die Anordnung des Vermächtnisses ihre Wirkung für die Verteilung der Pflichtteilslast, worüber der Erblasser frei bestimmen kann (§ 2324). Der Vermächtnisbeschwerte muß in diesem Falle den Wertbetrag, den er zur Entrichtung des Vermächtnisses hätte aufwenden müssen, zur Deckung der Pflichtteilslast hergeben. Hieran ändert der Umstand nichts, daß die Vermächtnisbeschwerten zugleich die Erben und als solche mit der Entrichtung des Pflichtteils belastet sind.

§§ 2325 ff. Bühre r, ZBlFG. **15** 213, behandelt das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils nach dem BGB. in folgenden Abschnitten: A. Haftung des Erben. B. Haftung des Beschenkten. C. Die Objekte der Pflichtteilsergänzung. D. Die Berechnung der Pflichtteilsergänzung in den Fällen, daß a) nur ein Dritter (Fremder oder Pflichtteilsberechtigter), b) der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk erhalten hat, c) die Schenkung auf den Pflichtteil anzurechnen ist, d) die Schenkung bei gesetzlicher Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen sein würde, e) die Schenkung der Ausgleichung unterliegt und zugleich auf den Pflichtteil anzurechnen ist.

§ 2325. Bührer, ZBlFG. **14** 777 (gegen Hemeling, DJZ. **13** 914, JDR. **12** Ziff. 1 zu § 2325). Soweit eine Zuwendung nach § 2316 berücksichtigt wird, kann sie nicht nochmals nach § 2325 in Rechnung gestellt werden. Soweit jedoch die Zuwendung denjenigen Betrag, welcher dem Ausgleichungspflichtigen bei der Auseinandersetzung zukommen würde (den erbteilsgleichen Konferendumsbetrag), übersteigt, steht die Schenkung zur Berücksichtigung nach §§ 2325 ff. frei.

§§ 2325, 2329. BraunschwZ. **14** 52 (Braunschweig) stellt im einzelnen Grundsätze zur Berechnung des Pflichtteils beim Anerbenrecht auf.

§ 2329. **Literatur: Hedemann, Zur Behandlung des Anspruchs auf Pflichtteilsergänzung im internationalen Privatrecht, NiemeyersZ. 23 II 229. (Vgl. JDR. 12 Ziff. I zu Art. 24 EGBGB.)**

1. **RG. 84** 204, JW. **14** 529, LeipzZ. **14** 1021, R. **14** Nr. 1115, 1119. Der pflichtteilsberechtigte Alleinerbe kann im Falle des § 2329 nicht in entsprechender Anwendung der §§ 2027, 2028 oder des § 2314 von dem Beschenkten Auskunft über die zu Lebzeiten des Erblassers erhaltenen Schenkungen (im Gegensatze zum Besitze von Nachlaßsachen bei dessen Tode) fordern, vgl. **RG. 73** 371, JDR. **9** Ziff. 3 zu § 2325. Auch § 260 BGB. ist nicht anwendbar, weil es sich nicht um einen Inbegriff von Sachen handelt. Fordert er gemäß § 2329 die von dem Erblasser gemachten Schenkungen zurück, so muß er zur Berechnung des Pflichtteils den Bestand des Nachlasses darlegen. Es genügt aber, wenn der Bestand im Prozesse gegen den Beschenkten festgestellt wird. Der Bestand des Nachlasses braucht nicht schon vor Erhebung der Klage festzustehen. Die Klage darf auch nicht deshalb als unschlüssig oder widerspruchsvoll abgewiesen werden, weil der Kläger in erster Linie, wozu er nicht berechtigt war, von dem Beklagten Auskunft über die Schenkungen gefordert hatte.

2. Abs. 3. **RG.** R. **14** 418 (Mitteilung von Ebbecke). Ist dem Beschenkten in dem Schenkungsvertrag zugleich die Auflage gemacht, an einen Dritten nach dem Tod des Schenkers eine bestimmte Summe zu zahlen, so ist diese

letztere Schenkung, da der Anspruch hierauf bereits mit dem Abschlusse des Vertrags begründet war, im Verhältnisse zu der Schenkung an den Vertragsgegner nicht als spätere Schenkung im Sinne des § 2329 Abs. 3 anzusehen.

§ 2333. **RG.** JW. **14** 1081, R. **15** Nr. 210. Ein fortgesetztes ehebrecherisches Verhalten kann jedenfalls dann als „unsittlicher Lebenswandel" im Sinne des § 2333 Ziff. 5 angesehen werden, wenn es in der Öffentlichkeit bekannt geworden ist.

§ 2336. R. **14** Nr. 1292 (Colmar). Ein eigenhändiges Testament, das einem Erben den Pflichtteil entzieht, aber erst hinter der Unterschrift den Grund der Entziehung angibt, ist unwirksam.

§ 2338. 1. **RG.** R. **14** Nr. 645. Aus dem Grunde der Verschwendung oder Überschuldung ist nicht eine Beschränkung des Pflichtteilsbetrags, sondern nur eine beschränkende Anordnung des im § 2338 genannten Inhalts zulässig.

2. **RG.** JW. **15** 37, LeipzZ. **15** 37. Die im § 2338 vorgesehenen Anordnungen können wirksam getroffen werden, wenn auch das dem Abkömmlinge Hinterlassene die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt. Für die Frage, ob und inwieweit die Nutzungen nach § 863 ZPO. der Pfändung entzogen sind, kommt es, sowohl wenn der Abkömmling den Erbteil ausschlägt, als auch, wenn er ihn nicht ausschlägt, darauf an, ob der Erblasser eine unter § 2338 fallende Anordnung getroffen hat.

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht.

Literatur: Berger, Die rechtliche Natur der Verträge auf Ausschlagung einer Erbschaft usw. Berlin 1914.

§§ 2346, 2352. 1. *Kretzschmar, JW. **14** 1122. Der Erbverzicht braucht das Erbrecht, auf das er sich bezieht, nicht im ganzen Umfange zu umfassen, sondern ist auch für solche Fälle zulässig, wo die erbrechtliche Stellung des Verzichtenden nur in irgendwelcher Beziehung eine Verschlechterung erfährt, ohne daß das Erbrecht dadurch voll aufgegeben wird. So vor allem, wenn ein Abkömmling des Erblassers die Verpflichtung eingeht, eine an sich nicht ausgleichungspflichtige Zuwendung sich auf den Erbteil oder Pflichtteil anrechnen zu lassen (vgl. **RG. 71** 133, JDR. **7** zu §§ 2346, 2348), oder wenn dem an ein gemeinschaftliches korrespektives Testament durch Annahme der Erbschaft gebundenen überlebenden Ehegatten von dem in diesem Testament eingesetzten Erben die Befugnis eingeräumt wird, ihn durch Berufung eines Nacherben oder Ernennung eines Testamentsvollstreckers zu beschränken oder ihn durch Auferlegung von Vermächtnissen zu beschweren.

2. *Harrer, ZBlFG. **15** 1 ff. Erbverzicht und Ausschlagung sind wesensverwandt: durch den Wegfall des einen Erben erhöht sich der Erbteil des anderen. Aber während bei der Ausschlagung der ausscheidende Erbe diese Wirkung nicht beschränken oder zugunsten bestimmter Erben rechtsgeschäftlich verschieben kann, kennt der Erbverzicht die Ausnahmebestimmung des § 2346 Abs. 2 (Beschränkung auf das Pflichtteilsrecht) und läßt die Erbteilserhöhungs- bzw. Anwachsungswirkung zugunsten der einen Erben auf Kosten der anderen zu (§ 2350). Die Motive lassen diese rechtsändernde Wirkung wie bei einer Verfügung von Todeswegen aus der Willenserklärung des Erblassers, das BGB. aus der des verzichtenden Erben (Verzichters) entspringen, weshalb die entsprechende Anwendung der §§ 2281, 2078 ausgeschlossen ist. Im Verzicht eine dingliche Erbteilsübertragung nach Analogie des § 2033 zu finden, ist schon wegen des völligen Ausscheidens aus der Erbenstellung, von anderen Gründen abgesehen, nicht angängig. Beim sog. relativen Verzichte des § 2350 ist die Voraussetzung der Wirksamkeit nicht die,

daß der Begünstigte an Stelle des Verzichtenden Erbe wird, sondern nur, daß er überhaupt als Erbe in Betracht kommt, d. h. kraft eigenen Erbrechts einen Erbteil anzutreten hat, dem der des Verzichtenden anwachsen kann. Von rechtsgeschäftlich zu erfüllenden Vertragsbedingungen kann die Wirksamkeit des Verzichts nicht abhängig gemacht werden, insbesondere nicht vom Zustandekommen eines Abfindungsvertrags. Es wird ferner dargelegt, daß die künftigen Vermehrungen des Erbrechts vom Verzichte nicht ausgeschlossen werden können, daß der auf das Pflichtteilsrecht beschränkte Verzicht als relativer nicht möglich ist.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Vorbemerkung: Im Erbscheinsverfahren gilt, wie das KG. (zu § 2354 u. Ziff. 1 zu § 2356) anerkennt, sowohl die durch die Todeserklärung begründete Todesvermutung (§ 18 Abs. 1 BGB.), als auch entsprechend die Lebensvermutung. — Die Entsch. des RG., GruchotsBeitr. **57** 1021, JDR. **12** Ziff. I 2 zu §§ 2365, 2368, die trotz des Vorliegens eines Erbscheins den Prozeßparteien die Beweislast nach den für die Erbschaftsklage maßgeblichen allgemeinen Grundsätzen zuweist, wird sowohl von Josef als auch von O. Fischer (zu §§ 2365, 2368) bekämpft.

§ 2353. I. Der Erbschein als Zeugnis über das Erbrecht. 1. BadNotZ. **14** 150 (Karlsruhe). Gerichtliche Zeugnisse, die nicht, wie der Erbschein, das Erbrecht selbst und dessen Umfang, sondern die Befugnisse, die dem Erben als solchem zustehen, zum Gegenstand haben, sind im deutschen Recht nicht vorgesehen.

2. R. **14** Nr. 224 (BayObLG.). Aus der Bejahung der Zulässigkeit eines gegenständlich beschränkten Erbscheins (BayObLG. **14** 74, JDR. **12** Ziff. 2 zu § 2369) folgt noch nicht die Zulässigkeit, einem Miterben einen auf bestimmte Gegenstände beschränkten Erbschein zu erteilen. Dies verstößt gegen den Begriff der Gesamtrechtsnachfolge (§§ 1922, 2032).

II. Erbscheinsähnliche Zeugnisse. KGJ. **45** A 154. Die Bescheinigung, daß ein Rechtsnachfolger von Todes wegen oder ein Testamentsvollstrecker über eine zu einem Nachlasse gehörige, in das Staatsschuldbuch eingetragene Forderung zu verfügen befugt sei, ist nur zu erteilen, wenn das Nachlaßgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, ist aber von der Erfüllung der in §§ 2354 bis 2356, 2368 für den Erbschein und das Testamentsvollstreckerzeugnis aufgestellten formellen Antragserfordernisse nicht schlechthin abhängig.

III. Antragsrecht. 1. Des Abwesenheitspflegers. RJA. **13** 198 (KG.). Die Gründe, aus denen dem Nachlaßpfleger das Antragsrecht versagt ist (KGJ. **40** A 37, JDR. **10** Ziff. I 2 zu § 2353), treffen beim Abwesenheitspfleger nicht zu, insofern dieser — anders als der Nachlaßpfleger — einen individuell bestimmten Erben vertritt. Auch der Umstand, daß die Abwesenheitspflegschaft nur eine Vermögenspflegschaft ist, steht dem Antragsrecht des Pflegers nicht entgegen; denn das Betreiben eines Erbscheinsverfahrens ist keine rein persönliche, sondern eine vermögensrechtliche Angelegenheit.

2. Des Erbeserben. KGJ. **45** A 145, RJA. **13** 84, R. **14** Nr. 2097. Der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins kann, wenn er von dem Erben gestellt ist, von jedem seiner Erben ohne Mitwirkung der anderen weiterverfolgt werden; denn die Erwirkung des Erbscheins ist ein Mittel zur Geltendmachung und Sicherstellung des Erbrechts (§ 2038 Abs. 1 Satz 2) und daher im vorausgesetzten Falle eine Maßregel zur Erhaltung eines Bestandteils desjenigen Nachlasses, mit Bezug auf den der Erbeserbe unmittelbarer Erbe ist. Jeder Erbeserbe ist daher

auch selbständig zur Einlegung der Beschwerde befugt, wenn der Antrag schon von dem Erben gestellt und diesem gegenüber zurückgewiesen ist.

3. Des vorläufigen Erben. Josef, Rechtsstellung des vorläufigen Erben, BuschsZ. **44** 478. Beantragt der vorläufige Erbe innerhalb der Ausschlagungsfrist die Erteilung eines Erbscheins mit dem Hinweise darauf, daß er diesen zu unaufschiebbaren Handlungen brauche, im übrigen sich die fristgemäße Ausschlagung vorbehalte, so ist dieser Antrag abzulehnen; denn nach der Fassung des § 2353 ist unter dem „Zeugnis über sein Erbrecht" nur das über das endgültig erworbene Erbrecht zu verstehen. Die Stellung des Antrags auf Erteilung des Erbscheins ist regelmäßig als eine schlüssige Handlung des Erben, durch die er die Erbschaft annimmt, aufzufassen.

IV. Rechtshilfe. BayRpflZ. **14** 51 (München). Es ist unzulässig, im Erbscheinsverfahren einen beteiligten Miterben als Zeugen zu vernehmen, auch wenn ein Gläubiger den Antrag auf Erteilung des Erbscheins gestellt hat.

V. Haftung für die Richtigkeit des gesamten Inhalts. SächsOLG. **35** 304 behandelt einen Fall der Haftung des Nachlaßrichters aus § 839, der in einem Erbschein eine Bescheinigung über die Befugnis des Vaters zur Vertretung seines miterbenden minderjährigen Kindes ausgestellt hat.

§ 2354. RJA. **13** 211, ZBlFG. **15** 20, DJZ. **14** 829, R. **14** Nr. 793, 794, 1120 (KG.). Der Grundsatz, daß die durch die Todeserklärung begründete Todesvermutung (§ 18 Abs. 1 BGB.) auch im Erbscheinsverfahren zu beachten sei (KGJ. **45** A 150, vgl. Ziff. 1 zu § 2356), gilt entsprechend auch für die Lebensvermutung. Wie die Entstehungsgeschichte zeigt (§ 4 Abs. 2 Entw., Mot. I 33, Prot. I 22), sind die Vorschriften über die Lebensvermutung gerade mit Rücksicht auf den Erbschaftserwerb gegeben. Ergibt sich später, daß der Verschollene vor dem Erblasser gestorben ist, so ist der Erbschein nach § 2361 einzuziehen.

§ 2355. KGJ. **46** A 146 (KG.). Wird nach Eintritt der Nacherbfolge die Erteilung eines der veränderten Rechtslage entsprechenden neuen Erbscheins beantragt, nachdem früher dem Vorerben ein Erbschein erteilt war, so bedarf es nicht unter allen Umständen neuer förmlicher Angaben nach § 2355 und einer erneuten Versicherung an Eides Statt, wenn auch der Antragsteller ein anderer ist als bei dem früheren Erbscheine. (Vgl. auch oben zu § 2139.)

§ 2356. 1. KGJ. **45** A 150, RJA. **13** 97, R. **14** Nr. 2033. Im Erbscheinsverfahren ist das Todeserklärungsurteil ein geeignetes Mittel, den Wegfall eines Besserberechtigten (§ 2354 Abs. 1 Nr. 3) nachzuweisen; denn die Vermutung des § 18 BGB. gilt gegenüber jedermann, auch gegenüber dem Nachlaßgericht. Die Beibringung eines solchen Urteils kann dem Beteiligten aufgegeben werden, falls dessen Beschaffung nicht unverhältnismäßige Schwierigkeiten entgegenstehen. Das Nachlaßgericht ist nicht allgemein verpflichtet, statt einer solchen Auflage eine öffentliche Aufforderung gemäß § 2358 Abs. 2 zu erlassen.

2. BreslauAK. **14** 55 (LG. Breslau) hält die ordnungsmäßige Eintragung des Standesbeamten in einem Familienstammbuche (§ 3 Vf. d. Min. d. Inn. vom 29. April 1895, MBliV. 135) für eine öffentliche Urkunde, durch die die Richtigkeit der bescheinigten Tatsache mit öffentlichem Glauben bewiesen wird.

3. Zimmer, DNotV. **14** 550, erörtert die Frage, in welcher Weise der Nachweis der legitimatio per subsequens matrimonium nach Gemeinem Rechte im Erbscheinsverfahren zu führen sei, wenn die Geburt und nachfolgende Eheschließung vor Einführung der Standesämter von dem Geistlichen beurkundet sind. Als ausreichend wird angesehen, wenn die Anerkennung der Vaterschaft durch schlüssige Erklärungen des Vaters festgestellt werden kann und dies aus der pfarramtlichen Urkunde in genügender Weise hervorgeht oder von der Polizeibehörde bescheinigt wird.

4. Versicherung an Eides Statt. Die Entsch. des KG. — JDR. **12** Ziff. 2 b zu § 2356 — auch RJA. **13** 199.

§ 2358. BayObLG. **15** 279. Es verstößt gegen § 2358 BGB. (und § 12 FGG.), wenn das Beschwerdegericht über die gegen die Erteilung eines Erbscheins gerichtete Beschwerde zum Nachteile des Beschwerdegegners entscheidet, ohne ihn über die Beschwerde gehört zu haben.

§ 2361. 1. Die Entsch. des OLG. Stuttgart — JDR. **12** Ziff. 2 zu § 2361 — auch KGJ. **45** A 306.

2. BayRpflZ. **14** 387 (BayObLG.). Ein unrichtiger Erbschein muß auch dann eingezogen werden, wenn er eine nach gesetzlicher Vorschrift aufzunehmende Beschränkung des Erbrechts des Erben unrichtig angibt, z. B. den nach Art. 28 des Übergangsgesetzes z. BGB. aufzunehmenden Vermerk der statutarischen Nutznießung des überlebenden Ehegatten enthält, obwohl dieses Nutznießungsrecht erloschen ist.

3. BayObLG. **15** 279, R. **14** Nr. 1856. Wird nach der Einziehung eines Erbscheins Beschwerde gegen die Einziehung erhoben, so kann das an sich (§ 84 FGG.) unzulässige Rechtsmittel nach seiner Begründung als Antrag auf Ausstellung eines neuen, mit dem früheren gleichlautenden Erbscheins aufgefaßt werden.

§ 2364. 1. R. **15** Nr. 330 (BayObLG.). Ist der Nachlaß bereits im Einverständnisse mit den Erben verteilt, so kann ein Erbschein nicht mehr um deswillen eingezogen werden, weil darin die Ernennung des Testamentsvollstreckers nicht angegeben sei; denn durch die Verteilung des Nachlasses ist die Ernennung des Testamentsvollstreckers gegenstandslos geworden. (Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 2065.)

2. Nadler, KGBl. **14** 134 — gegen KGJ. **33** A 100, JDR. **6** zu § 2364. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers, durch den der Erbe in der Verfügung über den Nachlaß nicht beschränkt wird, ist in dem Erbschein nicht zu erwähnen. Dies gilt sowohl für den Fall, daß der Erblasser (wie z. B. im Falle des § 2223) die Befugnisse des Testamentsvollstreckers inhaltlich so gestaltet hat, daß sie den Erben in der Verfügung über den Nachlaß nicht beschränken, als auch für den Fall, daß der Erblasser zwar einen Testamentsvollstrecker ernannt hat, die Ernennung des Testamentsvollstreckers oder die Anordnung der Testamentsvollstreckung aber zur Zeit der Ausstellung des Erbscheins wirkungslos geworden ist.

3. KGJ. **46** A 141. Ist — was zulässig — eine Testamentsvollstreckung in der Weise angeordnet, daß sie erst mit dem Tode des Erben in Wirksamkeit tritt, so ist die hierdurch gegebene Beschränkung des Erbeserben in ihrer Eigenart in dem dem Erben zu erteilenden Erbschein anzugeben, sofern sie nach den §§ 2364, 2365 überhaupt im Erbschein zu erwähnen ist. Es ist nicht anzuerkennen, daß lediglich der mit Verwaltungsbefugnissen ausgestattete Testamentsvollstrecker im Erbschein zu erwähnen ist; jedoch bedarf, falls dem Vollstrecker kein Verwaltungsrecht hinsichtlich des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände zusteht, seine Erwähnung im Erbschein eines sonstigen, auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr des Erben mit Dritten gestützten besonderen Grundes.

§§ 2365, 2368. I. Gegen **RG.** GruchotsBeitr. **57** 1021, R. **13** Nr. 1159, (JDR. **12** Ziff. I 2 zu §§ 2365, 2368). 1. Josef, Die Bedeutung des Erbscheins für das Prozeßgericht, HessRspr. **14** 315, 330. a) § 2365 begründet (ebenso wie §§ 891, 1964 Abs. 2) nicht die Schlußfolgerung auf das Vorhandensein einer Tatsache, sondern ohne jede Beziehung auf Tatsachen die Vermutung für einen Rechtserwerb. Diese Vermutung gilt zwar allgemein, also auch gegenüber dem, der im Widerspruch gegen den Inhalt des Erbscheins ein Erbrecht in Anspruch nimmt. Da aber das Gesetz die Richtigkeit des Erbscheins der Nachprüfung des Prozeßgerichts unterwirft (§§ 2360, 2362), so hat der Erbschein das Rechtswesen einer vorläufigen Entscheidung, die für das Prozeßgericht als richtig zu gelten

hat, so lange bis die Richtigkeit bestritten wird. Der § 2365 steht insoweit also einer gesetzlichen Beweisregel (§ 286 Abs. 2 ZPO.) gleich. Wird die Richtigkeit des Erbscheins bestritten, so steht das Prozeßgericht bei der ihm obliegenden Nachprüfung der Richtigkeit frei und selbständig da, so als ob ein Erbschein gar nicht erteilt wäre. Danach hat, wenn das gesetzliche Erbrecht des Klägers unstreitig ist, der durch Erbschein ausgewiesene Erbe die Echtheit des Testaments, auf das er sein Erbrecht stützt, nachzuweisen. Nur wo das gesetzliche oder testamentarische Erbrecht des den Erbschein anfechtenden Klägers bestritten ist, liegt diesem für sein Erbrecht die Beweislast ob. b) Ebenso ist die Auffassung des Nachlaßgerichts über die Person des Erben ohne Bedeutung für die Nachlaßgläubiger; diese sind ohne Rücksicht darauf, wer im Erbschein als Erbe bezeichnet ist, berechtigt, im Prozesse nachzuweisen, daß der von ihnen wegen einer Nachlaßschuld Belangte in Wahrheit der Erbe ist. Ebenso kann auch der im Erbschein Bezeichnete, wenn er von Nachlaßgläubigern belangt wird, den Nachweis der Unrichtigkeit des Erbscheins führen, also beweisen, daß nicht er, sondern ein anderer der wahre Erbe ist. c) Erhebt der im Erbschein bezeichnete Erbe Ansprüche gegen einen Nachlaßschuldner, so steht diesem der Nachweis der Unrichtigkeit des Erbscheins sowie ferner der Nachweis zu, daß das Nachlaßgericht vom Kläger die Rückgabe des Erbscheins verlangt habe. Denn nach §§ 2366, 2367 würde in diesen Fällen der Nachlaßschuldner gegenüber dem wahren Erben durch eine an den Kläger geleistete Zahlung nicht befreit.

2. O. Fischer, JheringsJ. **63** 269. Die im § 2365 aufgestellte Vermutung ist eine Rechtsvermutung (im Gegensatz zur Tatvermutung), also nicht dahin, daß eine in der Vergangenheit liegende Tatsache (richtiger angebliche Tatsache oder tatsächliche Behauptung) wahr sei, sondern daß in der Gegenwart das durch die Vermutung begünstigte Recht bestehe. Der durch die Rechtsvermutung Begünstigte braucht die Tatsachen, aus denen nach sonstigem materiellen Recht seine Berechtigung folgen würde, nicht nur nicht zu beweisen, sondern auch nicht einmal zu behaupten. Zur Widerlegung der Vermutung hat der Gegner die positiven und negativen Tatsachen anzuführen und zu beweisen, aus denen sich mit Notwendigkeit ergibt, daß das Recht, das inhalts der Vermutung zurzeit bestehen soll, in Wahrheit nicht besteht. Die Ansicht des RG., daß die Vermutung aus § 2365 nicht mit der aus §§ 891, 1006 BGB. auf gleicher Stufe stehe, findet in dem Gesetz keine Stütze, insbesondere wird die Ansicht bekämpft, daß der Erbschein nur die Natur einer Besitzeinweisung habe und im Falle einer entgegengesetzten Auffassung die durch den Erbschein begründete Vermutung in ihren Wirkungen die Entscheidung des Prozeßgerichts ungebührlich beeinflussen würde.

II. Josef, HessRspr. **15** 296. Einwirkung der grundbuchamtlichen Nachprüfung der Richtigkeit des Erbscheins auf dessen öffentlichen Glauben. Die §§ 2365—2367 sind zunächst nur materiellrechtlicher Natur. Für das Verfahren des Grundbuchamts wird der Erbschein erst durch die Vorschrift des § 36 GBO. verwertbar, der ihm die Bedeutung beilegt, den Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamte zu erbringen. Der Erbschein hat aber rechtserzeugende Wirkung nur bei Gutgläubigkeit des Erwerbers, und da das GBA. nicht feststellen kann, ob der Erwerber eine etwaige Unrichtigkeit des Erbscheins kennt, so ist es nicht in der Lage, zu prüfen, ob der gute Glaube des Erbscheins platzgreift. Daher bezeichnet § 36 GBO. den Erbschein ohne Einschränkung als Mittel für den Nachweis der Erbfolge.

§ 2368. 1. WürttZ. **14** 11 (Stuttgart). Ist der Testamentsvollstrecker dadurch, daß der überlebende Ehemann an den Erbteilen der Abkömmlinge die lebenslängliche statutarische Nutznießung hat, in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt, so ist dies im Testamentsvollstreckerzeugnis anzugeben. Dasselbe gilt von der Bestimmung, daß seine Verwaltungsrechte und Verwaltungspflichten sich auf den Erb-

teil des überlebenden Ehegatten nicht beziehen und die Auseinandersetzung bis zum Tode des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen sein soll.

2. **RG. 83** 348, JW. **14** 299, SchlHolstAnz. **14** 88, DJZ. **14** 378, R. **14** Nr. 373. Mit der Beendigung der Testamentsvollstreckung endigt auch die Beweiskraft des Testamentsvollstreckerzeugnisses, ohne Rücksicht auf etwa vorhandenen guten Glauben. Vgl. auch oben zu §§ 2205, 2206.

§ 2369. 1. Die Entsch. RJA. **12** 210 (Colmar) — JDR. **12** Ziff. 2a zu § 2369 — auch KGJ. **45** A 314.

2. a) Die Entsch. BayObLG. **14** 74 — JDR. **12** Ziff. 2b zu § 2369 (Erteilung eines beschränkten Erbscheins) — auch KGJ. **45** A 308. b) Das BayObLG. ist bei seiner Auffassung in BayObLG. **14** 558 verblieben.

3. Josef, NiemeyersZ. **24** 221. Kommt infolge der Rückverweisung (Art. 27 EGzBGB.) das deutsche Recht auf den gesamten Nachlaß eines Ausländers, auch soweit er ausländische Grundstücke enthält, zur Anwendung, so hat das deutsche Nachlaßgericht einen Vollerbschein zu erteilen. Kommt dagegen das deutsche Recht nur betreffs einzelner Nachlaßbestandteile zur Anwendung, so ist ein beschränkter Erbschein (§ 2369) unter Zugrundelegung des deutschen Rechts zu erteilen. Vgl. auch unten I 2 zu Art. 23 EGzBGB.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Art. 4. R. **14** 402 (BayObLG.). Soweit nicht besondere Vorschriften des Stifters oder des Fid. (§§ 42, 45, 48, 75) bestehen, kommen hilfsweise die Vorschriften des BGB. über die Nutznießung zur Anwendung.

Internationales Privatrecht.

Artt. 7—31. A. Materiell-rechtliches. I. Literatur. 1. Die Handelsgesetze des Erdballs. Begründer des Werkes Borchardt. Herausgegeben von Kohler, Meyer, Dove, Trumpler, Maas. (3.) Berlin 1913/14.

2. Dittmann, Die sechs Haager Abkommen über internationales Privatrecht und Zivilprozeßrecht (München 1914).

3. Fink, Die Prinzipien des Internationalen Privatrechts und die Vorbehaltsklausel. Ein Beitrag zur Methodik des Internationalen Privatrechts, NiemeyersZ. **24** 138—179. Es gibt gewisse Grundsätze für die Kollisionsrechtsfindung, die ausnahmsweise von den einzelnen Staaten durchbrochen werden. Dieser Vorbehalt wird durch die sog. Prohibitivgesetze geschaffen. Ein Kriterium zu finden, das diese Prohibitivgesetze charakterisiert und ihre exklusive Wirkung gegenüber ausländischem Rechte auslöst, ist nicht möglich, weil es eine eigene Kategorie dieser Gesetze nicht gibt.

4. Fischer, Die Methode der Rechtsfindung im internationalen Rechte (Vortrag), AÖstGZ. **14** 125—128. Der Autor unterscheidet zwischen einseitigen Kollisionsnormen (z. B. Art. 7 Abs. 3 EGBGB.), unvollkommen zweiseitigen (z. B. Art. 7 Abs. 2 EGBGB.) und vollkommen zweiseitigen Kollisionsnormen (z. B. Art. 7 Abs. 1 EGBGB.) und den Prohibitiv-, Gegenseitigkeits- und Vergeltungsnormen. Er behandelt ferner die Fragen der Ergänzung von Lücken der Kollisionsnormen, die Bedeutung eines völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts und der Parteivereinbarung.

5. Jansen, Der Wechselverkehr nach dem neuen Weltwechselrechte (Hannover 1914).

6. Langen, Der deutsche Entwurf einer Wechselordnung, GoldschmidtsZ. **75** 1—64. Der Verf. erörtert die Zusätze, die der deutsche Entwurf zu der im Haag

vereinbarten Wechselordnung machen will, und deren damit zusammenhängende Bestimmungen. Er behandelt insbesondere das Einführungsgesetz, Wechselfähigkeit und Wechselform, Wechselprotest, Bereicherungsklage, Aufgebot und Moratorien, und gibt anhangsweise den Abdruck der vom deutschen Entwurfe vorgesehenen Zusätze zur Einheitlichen Wechselordnung und des Entwurfs eines Einführungsgesetzes.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** HansGZ. **14** Beibl. 233. Nach der herrschenden Meinung erleiden die Vorschriften des EGBGB. über die räumliche Geltung der Gesetze auch auf das Verhältnis der deutschen Bundesstaaten untereinander entsprechende Anwendung, soweit nicht für die der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebiete landesrechtlich andere Vorschriften erlassen sind.

2. JW. **15** 110 (LG. Cöln). Das Haager Abkommen vom 14. November 1896 ist zwischen kriegführenden Staaten durch den Ausbruch des Krieges tatsächlich und stillschweigend aufgehoben.

B. Prozeßrechtliches. I. Literatur. 1. Lebrecht, Haager Abkommen über den Zivilprozeß vom 17. Juli 1905, nebst Reichsgesetz vom 5. April 1909 zur Ausführung dieses Abkommens (Mannheim 1913).

2. Meikel, Geltung des Haager Abkommens über den Zivilprozeß während des Krieges, DJZ. **14** 1201—1203. Das Haager Abkommen ist im Verhältnisse der kriegführenden Staaten zueinander mit dem Kriege außer Kraft getreten. Mit Friedensschluß tritt es nicht von selbst wieder in Kraft, dies muß vielmehr ausdrücklich erklärt werden.

3. Ott, Vollstreckung von deutschen Zivilurteilen in der Schweiz, DJZ. **14** 230 f. Der Verf. erörtert, wie in den einzelnen Kantonen die Vollstreckung deutscher Urteile gehandhabt wird.

4. Die Ausführungen ergänzt Lebrecht, Vollstreckung von deutschen Zivilurteilen in der Schweiz, DJZ. **14** 430 f.

5. Das öffentliche Urkundenwesen der europäischen Staaten. Herausgegeben vom Ständigen Ausschusse des Internationalen Notarkongresses (Wien 1913). Das auf Anregung des deutschen und des österreichischen Notarvereins geschaffene Werk gibt eine gedrängte Übersicht des öffentlichen Urkundwesens in den Hauptstaaten Europas, insbesondere über die Frage der zur Beurkundung berufenen Behörden und Beamten, Urkundenzwang, Form der Beurkundung, Beweiskraft, Register- und Katastereinrichtungen, Kosten, Stempel und Steuer.

II. Rechtsprechung. 1. BadRpr. **14** 95 (Karlsruhe). Das Urteil eines französischen Gerichts, das auf Grund der Vereinbarung des Erfüllungsorts erlassen wurde, ist nicht für vollstreckbar zu erklären (§§ 723, 328 Ziff. 5 ZPO., Französ.-Bad. Staatsvertrag vom 16. April 1846).

2. HansGZ. **14** Beibl. 161 (LG. Aachen). Damit, daß in England die Erwirkung der Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile in der Mehrzahl der praktisch werdenden Fälle keinen Schwierigkeiten unterliegt, ist noch nicht dem Erfordernisse des § 328 Ziff. 5 ZPO. genügt, das Verbürgung der Gegenseitigkeit verlangt.

Art. 7. 1. **RG.** NiemeyersZ. **24** 312. Die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes ist dann ausgeschlossen, wenn die Klägerin unter Zugrundelegung des im Deutschen Reiche geltenden Rechtes in ihrer Geschäftsfähigkeit in größerem Umfange beschränkt sein würde, als dies nach dem in erster Linie maßgebenden Rechte ihres Heimatstaats der Fall ist. Denn von dem Regelgrundsatze des Art. 7 Abs. 1 EGBGB., wonach die Geschäftsfähigkeit einer Person in erster Linie nach den Gesetzen ihres Heimatstaats zu beurteilen ist, läßt der Abs. 3 nur dann eine Ausnahme zu, wenn die Anwendung des deutschen Rechtes eine Erweiterung, nicht aber dann, wenn sie eine Verminderung der Geschäftsfähigkeit des Ausländers zur Folge haben würde.

2. RheinZ. **6** 279 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck — behandelt die Frage der Gültigkeit eines von einem schweizerischen Ehepaare nach Abweisung der Scheidungsklage im Inland abgeschlossenen Vergleichs über die der Frau von dem Ehemanne für die Dauer des Getrenntlebens zu zahlende Unterhaltsrente. Die Fähigkeit zum Abschluß eines solchen Vergleichs richtet sich gemäß Art. 7 EGBGB. nach dem Heimatsrecht der Ehegatten. Der Vergleich ist zulässig, wenn die Ehefrau die Herstellung des ehelichen Lebens nach den Bestimmungen des deutschen Rechtes verweigern darf und verweigert — etwa entgegenstehendes Heimatsrecht würde nach Art. 30 EGBGB. nicht beachtlich sein — und wenn der Vergleich sich nur auf diejenige Zeit erstreckt, für welche die Ehefrau die Herstellung verweigern darf. Der Rechtsbeständigkeit des Vergleichs steht Art. 6 des Haager Abkommens vom 12. Juni 1902 nicht entgegen, da es sich nicht um eine einstweilige Verfügung innerhalb eines Scheidungsprozesses handelt.

Art. 8. **RG.** NiemeyersZ. **24** 312. Eine im Ausland erfolgte „Prodigalitätserklärung" muß auch vom inländischen Richter berücksichtigt werden. Denn sie ist ihrer Natur nach auch da, wo sie in den Formen des Prozeßverfahrens und durch Urteil ausgesprochen wird, im Grunde ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit und sie ist auch keineswegs bloß für den Staat bestimmt, von dessen Gerichten sie erlassen ist, wenn sie ihren Zweck erreichen soll, dem Verschwender die Vergeudung seines Vermögens unmöglich zu machen. (Vgl. auch JDR. **12** Art. 8 EGBGB. Ziff. II.)

Art. 10. 1. **RG.** **83** 367, JW. **14** 249 Nr. 11, ZAktWes. **14** 65, LeipzZ. **14** 551. Eine ausländische, nach den Gesetzen ihres Heimatsstaats mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Handelsgesellschaft genießt die Rechtsfähigkeit auch im Inlande. Art. 10 EGBGB. findet auf sie nicht Anwendung.

2. RheinA. **111** 119 (Cöln). Die Auflösung einer in Liquidation befindlichen holländischen AG. ist nach niederländischem Rechte zu beurteilen. — Sie tritt ein durch die wirkliche und vollkommene Liquidation ihrer Aktiva und Passiva ohne besondere Förmlichkeiten.

Art. 11. A. Allgemeines. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1050. Eine stillschweigende Vereinbarung über das anzuwendende Recht kann nicht aus dem Verhalten der Parteien im Prozesse gefolgert werden.

2. **RG.** NiemeyersZ. **24** 305. Auch die Auslegung eines Vertrags kann nur vom Standpunkt eines bestimmten positiven Rechtes vorgenommen werden.

3. **RG.** NiemeyersZ. **24** 305. Die Auslegung betrifft den Inhalt des Vertrags und untersteht danach grundsätzlich demjenigen örtlichen Rechte, welchem das Schuldverhältnis überhaupt angehört. Dadurch wird allerdings nicht ausgeschlossen, daß bei der Auslegung einer Vertragsurkunde der Sprachgebrauch und das Recht, das am Orte, wo die Urkunde ausgestellt wird, gilt, eine Rolle spielen.

4. BayObLG. **15** 1. Wenn es sich in einem Falle zugleich um die örtliche und die zeitliche Kollision der Statuten handelt, ist zunächst die letztere an der Hand des geltenden Rechtes zu regeln. Ist ein Schuldverhältnis in Frage, das vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden ist, so sind die bisherigen Gesetze auch dafür maßgebend, welches von mehreren Rechten bei örtlicher Verschiedenheit dieser Rechte für das Schuldverhältnis maßgebend ist. Diese Entscheidung kann vom Richter nur nach dem für sein Herrschaftsgebiet geltenden eigenen Rechte getroffen werden. In Bayern rechts des Rheines ist dafür nach Kap. XIV § 7 Nr. 8 GerichtsO. von 1753 mit der VO. vom 11. Juni 1816 maßgebend. Hiernach bestimmen sich die Gültigkeit und die Wirkung eines Vertrags nach den Gesetzen des Ortes, wo er seine Vollkommenheit erlangt hat oder zu erfüllen ist; diese Alternative darf aber nicht dahin aufgefaßt werden, daß der Richter nach Willkür das Recht des Vertragsorts oder des Erfüllungsorts anwenden darf, sondern die Beurteilung nach dem Gesetze des Ortes, wo der Vertrag verfaßt worden ist, hat nur dann zu erfolgen, wenn nicht von vorn-

herein durch den Inhalt oder die Umstände der Verabredung ein anderer Ort als Erfüllungsort feststeht.

5. **RG.** NiemeyersZ. **24** 302—304. Das für die Form der Rechtsgeschäfte maßgebende Recht wird von dem internationalen Rechte des Staates bestimmt, nach dessen Rechte das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis zu beurteilen ist.

6. LeipzZ. **14** 1138 (Augsburg). Solange es sich um das Stadium der Offerte handelt, ist dasjenige Recht anzuwenden, dem jeder Teil unterliegt, also im schuldrechtlichen Verkehre sein Domizilrecht. Nach diesem Rechte ist zu beurteilen, ob und inwieweit jeder Vertragsteil verpflichtet ist. Bei dem einem Abwesenden gemachten Antrage kommt es darauf an, ob er nach dem Rechte, welchem der Offerent unterliegt, gebunden ist.

7. HansGZ. **14** Hptbl. 131 (Hamburg). Die Frage, in welchem Umfange der Vertretene durch Handlungen seines Vertreters verpflichtet wird, bestimmt sich nach dem Rechte seiner Niederlassung.

8. **RG.** R. **14** Nr. 946. Wird Nichtigkeit eines im Auslande persönlich geschlossenen Vertrags wegen Erpressung oder Verstoßes wider die guten Sitten behauptet, so ist der Einwand nach ausländischem Rechte zu beurteilen.

9. **RG.** NiemeyersZ. **24** 324. Die Einrede der Verjährung ist nach demjenigen Rechte zu beurteilen, welches über das Schuldverhältnis selbst entscheidet.

B. Einzelne Schuldverhältnisse. I. Kaufvertrag. 1. Rhein. Z. **6** 424 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach. Ein Kaufvertrag über Baumwollabfälle war zwischen einem Großkaufmann in Frankreich und einem solchen im Elsaß geschlossen worden. Es erhob sich die Frage, welches örtliche Recht auf die Rechtsverhältnisse aus diesem Vertrag, in Ermangelung einer besonderen Abmachung hierüber anzuwenden sei. Beide Parteien beriefen sich auf die Vertragsklausel, daß der Kaufpreis zu zahlen sei „au comptant net"; jede Partei legte diese Klausel anders aus und behauptete, daß die Gegenpartei vorleistungspflichtig sei. Von der Entscheidung dieser Frage hing es ab, ob die Käuferin in Deutschland oder in Frankreich zu erfüllen habe. Da diese Klausel in französischer Sprache gefaßt ist, müsse sie jede Partei in dem Sinne gegen sich gelten lassen, der mit ihr an dem Orte verbunden werde, in dessen Sprache sie abgefaßt ist, hier also entsprechend der französischen Handelsgewohnheit. Diese gehe dahin, daß der Verkäufer bei der Klausel „payable au comptant net" zur Herausgabe der Kaufsache nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist, so daß es also bei dem Satze des Art. 1612 C. c. verbleibt.

2. SeuffA. **69** 49 (Hamburg). Sollten nach dem Parteiwillen für die Abwicklung des Kaufgeschäfts die Usancen eines deutschen Warenvereins maßgebend sein, so haben sich die Parteien den Bestimmungen des deutschen Rechtes unterwerfen wollen.

3. **RG.** LeipzZ. **14** 283. Sind die Verpflichtungen der Verkäuferin aus dem Kaufvertrag in Frankreich zu erfüllen, so sind sie nach französischem Rechte zu beurteilen.

4. **RG.** NiemeyersZ. **24** 320. Die in England domizilierten Beklagten sind von dem Kläger wegen Nichterfüllung der ihnen als Verkäufer angeblich obliegenden Vertragspflichten in Anspruch genommen. Es wird das streitige Verhältnis als die Erfüllungsverbindlichkeit der Beklagten betreffend von dem englischen Rechte beherrscht.

5. OLG. **28** 168, SeuffA. **69** 49—51 (Hamburg). Bei einem zwischen einer in Belgien und einer in Norwegen ansässigen Firma durch Schriftwechsel abgeschlossenen Kaufvertrage bestimmt sich das Rücktrittsrecht, auch wenn Hamburg als Erfüllungsort bestimmt worden, nicht nach deutschem Rechte, sondern nach dem Personalstatut des zurücktretenden Teiles.

6. **RG.** NiemeyersZ. **24** 322, LeipzZ. **14** 283. Ist das deutsche Recht auf das gesamte Vertragsverhältnis überhaupt anzuwenden, so gilt dies auch bezüglich der Frage, ob die in Frankreich domizilierende Klägerin berechtigt war, wegen nicht rechtzeitiger Tilgung der ihr aus anderen Abschlüssen der Beklagten gegenüber zustehenden Kaufpreisforderungen diejenigen weiteren Lieferungen zurückzubehalten, wegen deren Verweigerung die Beklagte den streitigen Schadensersatzanspruch erhoben hat. Denn die für die Entscheidung dieser Frage maßgebende Bestimmung des § 273 Abs. 1 BGB. bildet einen Bestandteil des gerade für die fortgesetzten vertraglichen Beziehungen der Parteien zueinander in Betracht kommenden deutschen Rechtes.

II. Frachtvertrag. **RG.** NiemeyersZ. **24** 319. Der von Hamburgern in Hamburg geschlossene Seefrachtvertrag, in dem Hamburg Bestimmungshafen ist, unterliegt deutschem Rechte.

III. Kontokorrent. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1106 (besprochen von Gießel), LeipzZ. **14** 299 (Augsburg). Maßgebend für die Beurteilung des Anspruchs aus einem Kontokorrentverhältnis ist das am Wohnsitz des Schuldners geltende Recht, insbesondere auch für die Frage der Anspruchsverjährung.

2. S. auch oben zu § 355 HGB.

IV. Aktienrecht. BauersZ. **22** 31, LeipzZ. **14** 693 (Cöln). Die Form des Zeichnungsakts und das ganze Rechtsverhältnis, auf das sich die Zeichnung bezieht, untersteht, da W. (in Deutschland) der Sitz der Aktiengesellschaft ist, dem deutschen Rechte (Art. 11 Satz 1 EGBGB.). Die Anwendung des Satzes 2 des Art. 11 aaO. setzt voraus, daß die Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, ein gleichartiges Rechtsgeschäft regeln. Die französische Aktiengesellschaft ist jedoch kein mit der deutschen Aktiengesellschaft übereinstimmendes Rechtsgebilde, daß man die Absicht des französischen Gesetzes annehmen kann, daß die Formen für die Zeichnung der französischen Aktiengesellschaft für die deutsche maßgebend sein sollen. Außerdem genügt die Beobachtung der französischen Form für die vorliegende Zeichnung nicht, weil diese nicht ausschließlich in L. (in Frankreich), sondern auch in W. vorgenommen ist. Die Erklärungen der Zeichnungsliste mußten von der Beklagten angenommen werden. Diese Annahme ist in der Generalversammlung in W. erfolgt. Wird aber ein Vertrag durch Handlungen in zwei Rechtsgebieten abgeschlossen, so muß seine Form den Gesetzen beider Rechtsgebiete genügen.

V. Unerlaubte Handlungen. 1. Literatur. a) Baumgärtel, Internationales Privatrecht bei Schiffszusammenstößen, JW. **14** 613—616, behandelt die Bestimmungen des Übereinkommens vom 23. September 1910 zur einheitlichen Feststellung von Regeln über den Zusammenstoß von Schiffen (RGBl. **13** 49 ff.). b) Pappenheim, Seerechtsstudien. Zur Frage nach dem Geltungsbereiche der internationalen Übereinkommen und der neuen Vorschriften des deutschen Handelsgesetzbuchs über Zusammenstoß von Schiffen und Rettung aus Seenot, LeipzZ. **14** 426—435. Das Übereinkommen zur einheitlichen Feststellung von Regeln über den Zusammenstoß von Schiffen — nachstehend zitiert JÜZ. — trifft seine Bestimmungen für den Fall eines Zusammenstoßes von Seeschiffen oder von Seeschiffen und Binnenschiffen (Art. 1, übrigens auch Art. 13). Es findet jedoch keine Anwendung auf Kriegsschiffe und auf Staatsschiffe, die ausschließlich für einen öffentlichen Dienst bestimmt sind (Art. 1). Durch den Art. 7 EGBGB. wird das Anwendungsgebiet der §§ 734 ff. über den Kreis der Kauffahrteischiffe hinaus auf die Zusammenstöße von Seeschiffen überhaupt erweitert und insofern zwischen dem internationalen Rechte Übereinstimmung herbeigeführt. Dem Art. 7 fehlt aber wiederum die Ausnahme, die das JÜZ. betreffs seiner Geltung für Kriegs- und sonstige Staatsschiffe macht. Während also ohne den Art. 7 die Anwendbarkeit der §§ 734 ff. hinter der des JÜZ. zurückbleiben würde, geht sie auf

Grund des Art. 7 über diese hinaus. Außerhalb des Geltungsbereichs des JÜZ. besteht Art. 7 EG. unverändert fort. Es finden daher in den durch das internationale Privatrecht gezogenen Grenzen die Vorschriften der §§ 734 ff. HGB. auch auf Staatsschiffe Anwendung, wenn entweder nicht die sämtlichen bei dem Zusammenstoße beteiligten Schiffe Vertragsstaaten angehören oder alle Beteiligten dem Deutschen Reiche angehören und ein deutsches Gericht mit der Sache befaßt ist.

2. Rechtsprechung. **a)** LeipzZ. **14** 1140 (Cöln). Untersteht das Bergwerk dem niederländischen Rechte, so kommt für den Anspruch auf Ersatz des Bergschadens niederländisches Recht zur Anwendung, nicht preußisches. Der Umstand, daß die durch den Bergbau geschädigten Häuser des Klägers sich auf preußischem Grund und Boden befinden, ist unerheblich, denn nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts richtet sich die Haftung für Bergschäden nach dem Rechte des Ortes, wo der Bergbau erfolgt, und nicht nach den Gesetzen des Ortes, an dem der Schaden entsteht. **b)** SchlHolstAnz. **14** 40 (Kiel). Der Kläger verlangt vom Beklagten Ersatz des Schadens, den er dadurch erlitten hat, daß eine ihm gehörige auf dänischem Gebiete liegende Moorparzelle durch den Funkenflug aus der Lokomotive eines vorüberfahrenden Zuges in Brand gesetzt worden ist. Für die Frage der Schadensersatzpflicht ist das dänische Gesetz betreffend Erstattung von Schaden beim Eisenbahnbetriebe vom 26. März 1898 maßgebend. Nach § 1 des bezeichneten Gesetzes ist ein Schaden vorliegender Art vom Betriebe (drift) zu erstatten, wenn . . „der Schaden bei Beobachtung der für den Eisenbahnbetrieb erforderlichen Aufmerksamkeit und Sorgfalt seitens der Betriebsverwaltung und Betriebsbediensteten sowohl hinsichtlich der Betriebsart als auch des Materials nicht abgewendet werden konnte."

C. Familienrecht. Jacobi, Kann auf Grund eines ausländischen Adoptionsvertrags in den deutschen Standesregistern ein Vermerk nach § 26 PStG. erfolgen? JW. **14** 1170 f. Nein, nur die von einem deutschen zuständigen Gerichte bestätigten Adoptionsverträge können die Eintragung des Vermerkes nach § 26 PStG. herbeiführen.

D. Erbrecht. 1. NiemeyersZ. **24** 327 (Hamburg). Da der in Saloniki wohnhaft gewesene und verstorbene Erblasser unbestritten ein Deutscher gewesen ist, so gilt gemäß Artt. 11 und 24 EGBGB. für die Form seiner letztwilligen Verfügungen das deutsche Recht. Der Art. 11 EGBGB. gehört nicht zu den Gesetzen, die nach § 19 KonsGG. zur Anwendung kommen, er galt vielmehr für die letztwilligen Verfügungen Deutscher schon vorher, und zwar nach Art. 24 EGBGB. gerade auch für die Deutschen im Auslande; es bedurfte also nicht des Konsulargerichtsbarkeitsgesetzes, um ihn für Deutsche einzuführen, während für die Schutzgenossen allerdings diese Einführung durch das Konsulargerichtsbarkeitsgesetz erfolgte. Nach dem Sinne des § 27 KonsGG. ist es aber sicher, daß diese Vorschrift den Art. 11 EGBGB. mittreffen sollte. (Vgl. JDR. **10** Ziff. **F** und **11 E II** zu Art. 11.)

2. **RG.** BayRpflZ. **13** 128, R. **13** Nr. 701. Ein von einem in Deutschland wohnenden österreichischen Staatsangehörigen errichtetes Testament ist gültig, wenn es den Vorschriften des deutschen Rechtes entspricht. (S. auch JDR. **12** Ziff. IV zu Art. 11 EGBGB.)

E. Allgem. Prozeßrecht. I. Literatur. Schäffer, Gilt das deutsche Ausländermoratorium auch für Forderungen aus § 717 Abs. 2 ZPO.? JW. **14** 974—976. Der Verf. verneint die Frage. — Näheres oben Ziff. 2 zu § 717 ZPO.

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **14** Beibl. 193 (Hamburg). Für die Frage der Pfändbarkeit einer Forderung kommt nicht das örtliche Recht des Verpflichteten in Frage, sondern sie richtet sich nach dem Zivilprozeßrecht am Orte der Vollstreckung.

2. **RG.** NiemeyersZ. **24** 310, JW. **12** 358. Die deutschen Gesetze schließen eine Vereinbarung nicht aus, durch die die Beteiligten sich der Entscheidung eines aus-

ländischen Schiedsgerichts unterwerfen. Dies gilt sogar, wenn beide Teile im Deutschen Reiche wohnen, um so mehr aber, wenn, wie hier, ein Teil seine Niederlassung im Auslande hat. Sollen aber mit Bezug auf den ausländischen Schiedsspruch vor deutschen Gerichten die durch das deutsche Gesetz zugelassenen prozessualen Maßnahmen durchgeführt, z. B. das Vollstreckungsurteil (§ 1042 ZPO.) erwirkt werden, so kann das nicht geschehen, wenn nicht den zwingenden deutschen Vorschriften, insbesondere dem § 1039 ZPO. genügt ist. — S. ferner LeipzZ. **14** 649, mit den das Urteil bekämpfenden Ausführungen Beers (653), die ihrerseits wieder von Meyer (657) bekämpft werden.

F. Konkursrecht. I. Literatur. 1. Mendelssohn-Bartholdy, Ausländische Konkursverwalter im inländischen Prozesse, NiemeyersZ. **24** 236—241. Der Verf. bejaht — im Falle verbürgter Gegenseitigkeit — die Legitimation ausländischer Verwalter im inländischen Rechtsstreite.

2. Zedermann, Auslandskonkurs und Konkursanfechtung im Falle des § 238 KO., LeipzZ. **14** 750—752. Die Frage, ob im Falle der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gemeinschuldners im Auslande nach deutschem Konkursrechte sein in Deutschland befindliches Vermögen zur Masse des Auslandskonkurses gehört oder von den Wirkungen des Auslandskonkurses unberührt bleibt, ist in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung bestritten. Es stehen sich das sog. Universalitätsprinzip und das Territorialitätsprinzip gegenüber. Nach beiden Prinzipien aber wird im Spezialfalle des § 238 KO. auch eine Vollstreckungswirkung des Konkurses, nämlich die Beschlagkraft des Auslandskonkurses hinsichtlich des Auslandsvermögens, vom deutschen Rechte anerkannt. Insoweit bestehen auch gegen die Legitimation des Auslandskonkursverwalters zu Anfechtungsprozessen im Inlande keine Bedenken.

II. Rechtsprechung. 1. BadRpr. **14** 96 (Karlsruhe). a) Ein in Ägypten abgeschlossener Zwangsvergleich ist ohne Wirkung für denjenigen deutschen Gläubiger, der aus dem in Deutschland liegenden Vermögen des Schuldners Befriedigung sucht. Dem ägyptischen Zwangsvergleiche steht das concordat préventiv gleich. b) Ein Verzicht auf die Geltendmachung des nicht gedeckten Forderungsbetrags im Inland ist aus der Zustimmung des Gläubigers zum ausländischen Zwangsvergleiche nicht zu entnehmen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1119. Der Anspruch auf Rechnungslegung aus der Verwaltung und Veräußerung im Auslande belegener Grundstücke gehört zum inländischen Vermögen des Gemeinschuldners im Sinne des § 238 Abs. 1 KO.

Art. 13. Endemann, matrimonium claudicans, JW. **14** 113—121. Der Verf. erörtert die rechtlichen Schwierigkeiten, die sich aus dem im Art. 13 Abs. 3 EGBGB. geregelten Satze für die Angehörigen der Staaten ergeben, die die Form der deutschen Eheschließung nicht anerkennen, — weist darauf hin, daß das Haager Eheschließungsabkommen die Bedenken nicht beseitige, weil es zum Teil nicht ratifiziert worden, und — soweit dies geschehen — die im Art. 3 HaagEheschlAbk. statuierten Ausnahmen entgegenstehen, und sucht eine Lösung der Frage, wie Leben und Rechtspflege sich mit jenen Schwierigkeiten abfinden sollen.

Art. 14. **RG.** NiemeyersZ. **24** 319, WürttJ. **26** 22. Bei Ehestreitigkeiten österreichischer Staatsangehöriger vor deutschen Gerichten ist die Staatsangehörigkeit des Ehemanns maßgebend; Rückverweisung findet nicht statt. Dies gilt auch für Klagen auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft; zwar nicht auf Grund des Art. 14 Abs. 1 EG., aber doch aus den **RG. 62** 400, JDR. **5** Ziff. 1 zu Art. 14, angestellten Erwägungen (in Bestätigung am OLG. Stuttgart WürttJ. **26** 15).

Art. 16. Neubecker, Der Ehe- und Erbvertrag im internationalen Verkehr, Leipzig 1914, bietet eine rechtsvergleichende Studie aus dem Gebiete des deutschen und ausländischen materiellen und internationalen Privatrechts. Einer Darstellung

der außerdeutschen europäischen Rechte der Gegenwart (der germanischen, romanischen und slavischen Rechte) folgt eine eingehende systematische Darstellung der Grundsätze des deutschen und des internationalen Privatrechts. Den Abschluß bildet die Schilderung des Ehewirkungsabkommens der Haager Konvention.

Art. 17. 1. **RG.** DJZ. **14** 753. Für die Ehescheidungsklage sind die deutschen Schutzgebiete Ausland.

2. KGBl. **14** 37 (KG., 23. Zivilsen.). Zur Scheidung ist das deutsche Gericht zuständig, wenn der Ehemann jetzt zwar die New Yorker Staatsangehörigkeit besitzt, die Parteien zur Zeit der Eheschließung aber Deutsche waren.

3. Über die Voraussetzung der Scheidung von Schweizer Angehörigen durch ein deutsches Gericht vgl. OLG. **29** 140 (KG.).

4. Über die Zuständigkeitsvereinbarung für Scheidungsklagen von Österreichern vgl. OLG. **29** 138, 139 (Naumburg u. KG.).

5. PosMschr. **14** 157 (Königsberg). Ein Deutscher kann zwar in Rußland eine wirksame Ehe schließen, dagegen äußert die in Rußland ausgesprochene Scheidung der Ehe, da die Gegenseitigkeit zwischen Deutschland und Rußland nicht verbürgt ist, in Deutschland keine Wirkung. Deshalb ist eine von den Geschiedenen in Deutschland eingegangene neue Ehe nach § 1326 BGB. nichtig, und der geschiedene Ehegatte macht sich, wenn er die zweite Ehe fortsetzt, einer Eheverfehlung gegenüber dem Gatten der ersten Ehe sowohl nach § 1568 als auch zutreffendenfalls nach § 1565 BGB. schuldig.

6. S. Art. 14.

Art. 19. 1. **RG.** NiemeyersZ. **24** 309. Es fehlt an einer Bestimmung, wonach Anordnungen ausländischer Vormundschaftsbehörden für die im Deutschen Reiche zu treffende Entscheidung bindend sind; in dem Art. 23 EGBGB. sind sie jedenfalls nicht enthalten, und es ist ein allgemeiner Grundsatz nicht anzuerkennen, daß die in einem fremden Kulturstaate nach seinen Gesetzen ergangene Anordnung die Staatsangehörigen auch für das dem Inland angehörige Rechtsverhältnis binde.

2. **RG.** NiemeyersZ. **24** 309, DJZ. **13** 697. Es kann sich fragen, ob im Sinne des Art. 19 nicht sinngemäß dem gestorbenen der geschiedene und allein für schuldig erklärte Vater gleichzustellen sei. (S. auch JDR. **12** Ziff. I zu § 1635 BGB.)

3. SächsOLG. **35** 267 — gegen RJA. **10** 1 (KG.) —. Für Anordnungen aus § 1636 Satz 2 BGB. ist das deutsche Vormundschaftsgericht auch dann zuständig, wenn die geschiedenen Ehegatten Ausländer sind.

4. ZBlFG. **14** 809 (BayObLG.). Für Maßregeln nach § 1666 BGB. hinsichtlich ausländischer Kinder ohne deutschen Wohnsitz oder Aufenthalt sind die deutschen Gerichte nicht zuständig, auch wenn der Antrag von der Mutter ausgeht, die Deutsche geblieben und jetzt wieder in Deutschland wohnhaft ist, und nach Artt. 29, 19 EGBGB. sachlich deutsches Recht anzuwenden ist. Es sind ausschließlich Wohnsitz und Aufenthalt, sowie Staatsangehörigkeit des Minderjährigen, sowie das Recht des FGG. maßgebend (§ 36 FGG.). Auch würde eine Verfügung eines deutschen Gerichts zumeist gar nicht zu verwirklichen sein.

5. KGJ. **45** A 18, RJA. **13** 178. Weder das Haager Vormundschaftsabkommen vom 12. Juni 1902 (RGBl. **04** 240) noch der Art. 23 EGBGB. beziehen sich auf die Entziehung der elterlichen Gewalt (§ 1666 BGB.), sie greifen vielmehr erst ein, wenn die elterliche Gewalt entzogen und dadurch die Grundlage für eine behördliche Vormundschaft geschaffen wird. — Das deutsche Vormundschaftsgericht ist nicht gehindert, zum Schutze des im Inlande befindlichen Minderjährigen auch einem Ausländer die elterliche Gewalt zu entziehen. — Bei der Entziehung der elterlichen Gewalt eines Ausländers hat das deutsche Vormundschaftsgericht in materieller Hinsicht grundsätzlich (Art. 19 EG.) dessen

Personalstatut anzuwenden, es sei denn, daß die Anwendung des ausländischen Rechtes den durch § 1666 BGB. bezweckten Schutz des durch das Verhalten des Elternteils gefährdeten Kindes beeinträchtigen würde. — Das niederländische Recht hat Bestimmungen über die Entziehung der elterlichen Gewalt, die dem Zwecke des § 1666 BGB. nicht zuwiderlaufen.

6. R. **14** Nr. 2691 (KG.). Die Frage, ob ein Vater zur Ausschlagung der seinem Kinde angefallenen Erbschaft der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, bestimmt sich nach dem Rechte der Staatsangehörigkeit des Vaters, nicht nach dem Rechte, welchem kraft der Staatsangehörigkeit des Erblassers die erbrechtlichen Verhältnisse unterstehen.

Artt. 20, 21. Wahl, RheinZ. **6** 313. Die Erforschung der unehelichen Vaterschaft nach dem G. vom 16. November 1912. S. auch Art. 7.

Art. 23. I. Literatur. 1. Haberstumpf, Übernahme der Vormundschaft über Ausländer, BayNotZ. **51** 183 f. Aus Art. 23 EGBGB. im Zusammenhalte mit §§ 1785—1787 BGB. ergibt sich die merkwürdige Konsequenz, daß jeder Deutsche verpflichtet ist, die Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Ausländer zu übernehmen, falls diese Vormundschaft oder Pflegschaft von einem deutschen Gericht angeordnet ist. Dagegen ist ein in Deutschland lebender Ausländer nicht verpflichtet, eine Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Ausländer oder einen Inländer zu übernehmen.

2. Josef, Die Verrichtungen des deutschen Nachlaßgerichts in bezug auf einzelne Bestandteile des Ausländernachlasses, NiemeyersZ. **24** 221—235. a) Kommt für die Beerbung eines Ausländers infolge der Rückverweisung (Art. 27 EGBGB.) das deutsche Recht zur Anwendung, so hat das deutsche Nachlaßgericht den Nachlaß insoweit wie den eines Inländers zu behandeln. Wenn also infolge der Rückverweisung das deutsche Recht nur auf die Vererbung einzelner Nachlaßbestandteile Anwendung findet, hat das deutsche Nachlaßgericht insbesondere die Auseinandersetzung so zu vermitteln, als ob der Nachlaß lediglich jene Bestandteile enthielte. Danach hat das deutsche Nachlaßgericht beim Tode eines Franzosen oder Österreichers, zu dessen Nachlaß inländische Grundstücke und Fahrnis gehören, die Auseinandersetzung betreffs dieser Grundstücke einzuleiten, sie aber betreffs der Fahrnis abzulehnen; und beim Tode eines Engländers oder Nordamerikaners, zu dessen Nachlaß Fahrnis oder inländische Grundstücke gehören, betreffs beider Bestandteile die Auseinandersetzung zu vermitteln. Dabei hat das deutsche Nachlaßgericht so zu verfahren, insbesondere den Teilungsplan (§ 93 FGG.) so aufzustellen, als ob es sich um zwei völlig verschiedene Nachlässe handelte; und hat, wenn zur Erbfolge in den inländischen und in den ausländischen Nachlaß ganz oder teilweise verschiedene Personen gelangen, unter ihnen im Teilungsplan eine Ausgleichung wegen der Nachlaßverbindlichkeiten einzutreten. b) Sind die zum Nachlaß eines Franzosen oder Österreichers gehörigen inländischen Grundstücke versteigert und der Erlös hinterlegt, so ist das deutsche Nachlaßgericht nicht zuständig, die Auseinandersetzung betreffs dieses Erlöses zu vermitteln. Denn dieser teilt nicht die rechtliche Natur des Grundstücks, sondern stellt sich als Fahrnis dar. c) Kommt infolge der Rückverweisung das deutsche Recht auf den gesamten Nachlaß des Ausländers, auch soweit er ausländische Grundstücke enthält, zur Anwendung, so hat das deutsche Nachlaßgericht einen Vollerbschein zu erteilen; kommt dagegen das deutsche Recht nur betreffs einzelner Nachlaßbestandteile zur Anwendung, so ist ein beschränkter Erbschein (§ 2369) unter Zugrundelegung des deutschen Rechtes zu erteilen. d) Hatte der ausländische Erblasser, auf dessen Beerbung infolge der Rückverweisung (oder von Staatsverträgen) das deutsche Recht Anwendung findet, im Inlande Wohnsitz oder Aufenthalt, so ergibt sich die örtliche Zuständigkeit des deutschen Nachlaßgerichts aus § 73 Abs. 1 FGG. mangels eines Aufenthalts aber aus Abs. 3 ebenda, so daß in diesem letzteren Falle

jedes AG., in dessen Bezirk sich Grundstücke des Ausländers befinden, zuständig ist zur Vermittlung der Auseinandersetzung in Ansehung aller im Inlande belegenen Grundstücke. Dagegen ist in diesem Falle das deutsche AG. nicht zuständig zur Vermittlung der Auseinandersetzung betreffs der Fahrnis; denn diese würde nach deutschem Rechte nur vererbt, wenn der ausländische Erblasser seinen Wohnsitz im Inlande gehabt hätte. Eine Ausnahme gilt in dieser Beziehung nach deutsch-russischem Staatsvertrage für Russen, die in Deutschland Fahrnis hinterlassen, wenn auf diese deutsche Staatsangehörige Anspruch erheben.

3. S. Art. 11 C.

II. Rechtsprechung. 1. RJA. **12** 82 (KG.). Hat ein minderjähriger Deutscher sich, wenn auch ohne Einverständnis seines gesetzlichen Vertreters, zehn Jahre ununterbrochen im Auslande aufgehalten, die dortige Staatsangehörigkeit erworben und ist nach den dortigen Gesetzen geschäftsfähig geworden, so ist die im Inlande über ihn angeordnete Vormundschaft aufzuheben.

2. KGJ. **46** A 27 — in Abweichung von KGJ. **37** A 32, **44** A 28, JDR. **8** Ziff. II 2 zu Art. 23, **12** Ziff. I 4 zu § 1636 BGB. Durch die ausländische Staatsangehörigkeit geschiedener oder getrennt lebender Ehegatten wird die Zuständigkeit des deutschen Vormundschaftsgerichts, zwecks Regelung des Verkehrs der Eltern mit dem Kinde tätig zu werden, nicht beschränkt, falls nicht etwa die Ausländer zu den exterritorialen Personen gehören. Die Frage des anzuwendenden materiellen Elternrechts ist von der Zuständigkeitsfrage zu trennen. Art. 23 EG. bezieht sich nicht auf Verkehrsregelungen, für die daher die ein nur beschränktes Einschreiten des deutschen Vormundschaftsgerichts vorsehenden Bestimmungen des Art. 23 nicht gelten.

3. SächsOLG. **35** 63. Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Nachlaß- und Vormundschaftssachen gegenüber Angehörigen der Vereinigten Staaten von Amerika.

4. S. Art. 19.

Art. 24. I. Literatur. Mölich, Die erbrechtliche Stellung der Schweizer in Deutschland und der Deutschen in der Schweiz. Eine Spezialfrage des internationalen Privatrechts (Aarau 1913). Der Verf. tritt für eine staatsvertragliche Regelung der in Frage stehenden Materie ein, da es an einer ausreichenden Regelung der in Betracht kommenden Fragen seitens beider Gesetze fehlt.

II. Rechtsprechung. 1. RJA. **13** 91, ZBlFG. **15** 96 (KG.). Ein bei einem deutschen Gericht in amtlicher Verwahrung befindliches Testament ist an den ins Ausland verzogenen Erblasser durch Vermittlung eines deutschen Konsuls zurückzugeben, auch wenn dieser keine Gerichtsbarkeit ausübt. (§§ 16, 17a G., betr. die Organisation der Bundeskonsulate sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsuln, vom 8. November 1867.)

2. RJA. **13** 87, ZBlFG. **15** 94 (KG.). Da der Erblasser zur Zeit seines Todes ein Deutscher war, richtet sich seine Beerbung trotz des ausländischen Wohnsitzes und Sterbeorts nach den deutschen Gesetzen. Nach deutschem Rechte aber ist die Testamentseröffnung eine wesentliche und notwendige erbrechtliche Einrichtung.

3. RJA. **13** 91, ZBlFG. **15** 96 (KG.). Wenn aus irgendwelchen Gründen die Urschrift des Testaments dem deutschen Nachlaßrichter nicht unterbreitet werden kann, so muß auch für die Eröffnung eine Ausfertigung deren Stelle vertreten, falls abweichend von dem oben erwähnten Grundsatze des deutschen Rechtes eine solche von einem noch nicht eröffneten Testament erteilt werden kann und tatsächlich zu erlangen ist. Im Ausland errichtete Testamente eines deutschen Erblassers sind für den deutschen Nachlaßrichter nach den Vorschriften des deutschen Rechtes zu eröffnen. Auch bei ihnen muß grundsätzlich die Urschrift eröffnet werden. Verbietet jedoch das ausländische Recht der Urkundsperson die Aushändigung der Urschrift, so hat das deutsche Recht nicht die Kraft, die im § 2259 BGB. vorgeschriebene Ab-

lieferung durchzusetzen. In solchen Fällen bleibt nichts übrig, als die Urschrift des Testaments durch eine etwa vorhandene oder zu beschaffende Ausfertigung zu ersetzen.

4. S. auch Artt. 11, 19.

Art. 25. 1. a) **RG.** LeipzZ. **13** 774, NiemeyersZ. **24** 302. Richtet sich die Beerbung gemäß Art. 25 EGBGB. nach österreichischem Rechte, so ist auch das österreichische internationale Privatrecht für die Form der letztwilligen Verfügung maßgebend. Auch für das österreichische internationale Privatrecht gilt aber unzweifelhaft die im Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. enthaltene Regel, wonach für die Form eines Rechtsgeschäfts die Beobachtung der Gesetze des Ortes genügt, an dem das Rechtsgeschäft aufgenommen wird. Diese Regel ist zwar im österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber nur deshalb nicht, weil sie als allgemein bekannt und unbestritten gültig vorausgesetzt wurde. b) Die Redaktion von NiemeyersZ. bezeichnet aaO. S. 302 in einer Anm. die Entsch. insofern als nicht begreiflich, als das RG., obwohl es davon ausgehe, daß sowohl nach deutschem wie nach österreichischem Recht die Regel **locus regit actum** im fakultativen Sinne (**in favorem negotii**) gelte, die Frage der Formgiltigkeit exklusiv der **lex loci actus** unterwerfe. c) Vgl. ferner dazu die Ausführungen von Beer, LeipzZ. **13** 775: Art. 11 Abs. 1 Satz 2 gibt eine vollkommene Kollisionsnorm, die den Richter anweist, die Regel **locus regit actum** anzuwenden bei der Beurteilung der Formerfordernisse jedes, insbesondere aber eines in Deutschland vorgenommenen Rechtsgeschäftes.

2. ThürBl. **61** 24 (Colmar). Für einzelne, im Inlande befindliche Gegenstände, die zu dem Nachlaß eines Ausländers gehören, ist auch, wenn das für die Beerbung des Ausländers maßgebende ausländische Recht die Einrichtung des Erbscheins nicht kennt, ein Erbschein zu erteilen.

3. RJA. **13** 216 (Dresden). Art. 25 umfaßt (ebenso wie Art. 213) die sämtlichen erbrechtlichen Verhältnisse, einschließlich des der Ordnung des Nachlasses dienenden Verfahrens. Die deutschen Gerichte können für die von sich aus vorzunehmenden Verrichtungen nur die dem deutschen Erbrecht angepaßten Verfahrensvorschriften des FGG. anwenden. Abgesehen von der Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins (§ 2369) sind daher die deutschen Gerichte hinsichtlich des im Inlande befindlichen Nachlasses eines ausländischen Erblassers grundsätzlich nur insoweit zuständig, als der Erblasser gemäß Artt. 27—29 EGBGB. nach deutschem Rechte beerbt wird. Eine Ausnahme bilden vorläufige Maßregeln im Interesse des im Inlande befindlichen Nachlasses eines Ausländers. Zu diesen gehört die Nachlaßverwaltung des BGB. nicht.

Art. 27. I. Literatur. 1. Beer, Die Verweisung, Festschrift für Zitelmann (München 1913). Die Verweisung im EGBGB. erstreckt sich nur auf die Sachnormen der maßgeblichen Rechtsordnung, nicht auf das internationale Privatrecht derselben, ist also keine Gesamtverweisung. Rück- und Weiterverweisung sind daher unbeachtlich. Art. 27 ist eine positive Ausnahmevorschrift.

2. Klein, BayRpflZ. **14** 312—315, wendet sich gegen die neue Auslegung des § 4 ÖstABGB., die der Entsch. **RG. 78** 234 — **JDR. 11** Ziff. 1 zu Art. 13 — zugrunde liegt und dahin gegangen ist, daß die österreichischen Gesetze für den österreichischen Ehemann bezüglich der Eheschießung nicht verbindlich seien, weil dessen Absicht nicht dahin gegangen sei, durch den Eheschließungsakt auch in Österreich rechtliche Folgen hervorzurufen. Nach Ansicht des Verf. wird die Rückverweisung auf das deutsche Recht im § 4 ABGB. durch den Grundsatz des österr. internationalen Privatrechts ausgeschaltet, wonach die von Ausländern im Auslande geschlossene Ehe in Österreich ungültig ist, wenn sie gegen absolut zwingendes österr. Gesetz verstößt.

II. Rechtsprechung. 1. ZBlFG. **14** 472 (BayObLG.). Findet auf die Nachlaßbehandlung teils deutsches, teils österreichisches Recht Anwendung, so kann der Grundsatz der Gesamterbfolge durchbrochen werden.

2. R. **14** Nr. 1122 (Stuttgart). Das österreichische Recht enthält bezüglich der Scheidung keine Rückverweisung auf das deutsche Recht. (S. auch Artt. 7—31, Artt. 14, 17, 23.)

Art. 28. S. Art. 25.

Art. 29. RheinZ. **6** 280 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck —. Ein Franzose, der während 30 Jahren in den Vereinigten Staaten sich niedergelassen hat und dann nach Deutschland verzogen ist, hat nach den gegebenen Umständen die französische Staatsangehörigkeit verloren, obwohl nach der französischen Rechtsprechung bis zum schlüssigen Gegenbeweise der esprit de retour vermutet wird. Trotzdem er hiernach keinem Staate angehört, wird er doch gemäß Art. 29 EGBGB. nach französischem Rechte als dem Gesetz des Staates beerbt, dem er zuletzt angehört hat.

Art. 30. I. Literatur. Klein, Zu Art. 30 EGBGB., BayRpflZ. **14** 315—317, erörtert das Urteil **RG. 80** 129—134, das eine in Rußland an einem russischen Schiffe gültig bestellte Schiffshypothek für unwirksam gegenüber dem später von einer Kopenhagener Gesellschaft erwirkten Arrest erklärt, weil die Vorschriften des russischen Rechtes, die die Publizität des Schiffspfandrechts sichern wollen, den unsrigen nicht gleichwertig oder annähernd gleichwertig seien. Er hält es für falsch. Es liegen die Voraussetzungen für Art. 30 EGBGB. nicht vor, der nur anzuwenden ist, wenn der Unterschied zwischen den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen, auf welchen dieses Recht und auf welchen das konkurrierende deutsche Recht beruht, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechtes direkt die Grundlagen des staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** NiemeyersZ. **24** 317, JW. **12** 22. Art. 30 EGBGB. findet gegenüber ausländischem (nordamerikanischem) das Pflichtteilsrecht ausschließendem Rechte nicht Anwendung. (S. auch JDR. **11** Ziff. 1 zu Art. 30 EGBGB.)

2. SächsRpflA. **14** 37 (Dresden). Soweit die Bestimmungen des englischen Rechtes den Differenzeinwand ausschließen, können sie nach Art. 30 EGBGB. nicht zur Anwendung kommen, weil sie gegen den Zweck der §§ 762, 764 BGB. verstoßen. (S. auch Art. 7.)

Zweiter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Art. 44. Levin, DJZ. **14** 1064, bespricht die Rechtslage der privilegierten Militär- und Marinetestamente nach § 44 RMilG. vom 2. Mai 1874 und Art. 44 EGBGB. sowie dem RGes. vom 28. Mai 1901 (RGBl. 185) und § 184 FGG. Die Wahl der in dem RGes. vom 28. Mai 1901 vorgesehenen Form des sog. ordentlichen Militär- und Marinetestaments wird in allen den Fällen empfohlen, in denen der Nachweis der Erbfolge durch Erbschein in Frage kommen kann. Zum mindesten wird die Wahl der öffentlichen Beurkundung des § 44 Ziff. 2c RMilG. durch einen Kriegsgerichtsrat unter Zuziehung eines Offiziers empfohlen, die, wenn die Beurkundung auch zeitlicher Beschränkung unterliegt, doch von der Notwendigkeit der Beschaffung eines Erbscheins befreit.

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Art. 55. I. Literatur. Böckel in Verb. mit Porzig, Unger, Stichling, Krause, Landesprivatrecht der thüringischen Staaten (Halle 1912). Das Werk ist der 9. Ergänzungsband zu Dernburgs Bürgerlichem Rechte.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **14** 275. Zu § 172 Abs. 1 Nr. 5. Genehmigung eines Rechtsgeschäfts, insbesondere durch einen Analphabeten.

2. **RG.** R. **14** 240. Über den Begriff der belohnenden Schenkung (§ 1169 I. 12 ALR.).

3. BayObLG. **15** 1, R. **14** 240. Die im ganzen rechtsrheinischen Bayern gültig gewesene VO. vom 11. Juni 1816 bildet eine Erläuterung der unklaren Stelle der GO. Kap. XIV § 7 Nr. 8; vgl. Art. 81 AGZPO. Sie ist nicht dahin zu verstehen, daß der Richter nach Willkür das Recht des Vertragsorts oder Erfüllungsorts anwenden dürfe; vielmehr kommt der Ort der Vertragsperfektion nur in Betracht, wenn nicht vornherein durch den Vertragsinhalt oder die Umstände sich ein Erfüllungsort ergibt (s. Art. 11 **A** 4).

4. FrankfRundsch. **48** 88 f. (LG. Limburg). Im Gebiete des ehemaligen Herzogtums Nassau ist der Fronleichnamstag kein allgemeiner Feiertag (§ 5 NassEGWO., § 19 NassEGHGB., NassVO. vom 14. September 1803, PrG. vom 2. September 1899).

5. RheinZ. **6** 395 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach — über die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen nach dem vor Einführung des C. c. geltenden Rechte (coutumes générales de Metz) privates Eigentum an öffentlichem Gute (domaine public) ersessen werden konnte.

6. RheinZ. **6** 285 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck. Die zehnjährige Ersitzung im Sinne des Art. 2265 C. c. erfordert nicht das Vorhandensein eines schriftlichen Erwerbstitels; unter dem „juste titre" ist nicht ein Titel im Sinne einer Urkunde zu verstehen, sondern es genügt dazu jeder rechtmäßige Erwerbsakt, der an sich zur Erwerbung des Eigentums an Grundstücken geeignet ist.

7. RheinZ. **6** 427 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach — über den Rechtscharakter der „association en participation" (ähnlich unserer stillen Gesellschaft). Keine juristische Person!

Artt. 57. 58. I. Literatur. 1. Federl, Entwurf eines Hausgesetzes für die standesherrlichen Häuser Deutschlands, HirthsAnn. **14** 61 ff., 135 ff., 199 ff., 303 ff. Der Verf. gibt den Entwurf eines Gesetzes in 97 Paragraphen, indem er einem jeden Paragraphen eine Begründung in Form von „Motiven" hinzufügt.

2. Hoerner, Beiträge zum Adelsrechte, PrVerwBl. **35** 775. A. Die bindende Kraft der Entscheidungen des Kgl. Heroldsamts für den Strafrichter. Nachdem das KG. am 21. Mai 1908 erkannt hatte, daß die Entscheidungen des Kgl. Heroldsamts für die Gerichte auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere für die Berichtigung der Standesamtsregister bindend sind, hat am 19. November 1909 das KG. festgestellt, daß auch der Strafrichter an die Entscheidung des Heroldsamts gebunden ist. Die Reichsgesetzgebung hat in das öffentlich-rechtliche preußische Adelsrecht nicht eingegriffen. Die deklaratorische Feststellung des Königs oder der zuständigen Adelsbehörde, daß ein beanspruchter Adel bestehe oder nicht bestehe, ist nach dem preußischen Rechte die Ausübung eines nur dem Könige zustehenden Hoheitsrechts. Sie bindet als staatliche Willenserklärung alle staatlichen Behörden. B. Begründet die 44jährige Führung des Wortes „von" vor dem Geschlechtsnamen in Preußen die Vermutung rechtmäßigen Adelsbesitzes? I. § 19 II. 9 ALR. setzt voraus: a) die Führung adliger Prädikate und b) den Gebrauch adliger Vorrechte. II. Zu a: Die Führung von Präpositionen wie „von", „aus", „zu" usw. ist nur dann präsumtiv als Führen eines Adelsprädikats anzusehen, wenn es sich a) um fremdsprachige Namen (z. B. von Meunier, von Cychlinski), b) um nicht von Orten herzuleitende deutsche Namen (vgl. von Schütze, von Bierbrauer, von Angstwurm, von Schumacher, von Maurer usw.) handelt.

II. Rechtsprechung. 1. PosMSchr. **14** 23 f. (KG.). Maßgeblichkeit der Entscheidung des Heroldsamts über die Zugehörigkeit zum Adelsstande. Die Entscheidung ist für die Standesregisterberichtigung bindend.

2. FrankfRundsch. **48** 41 (KG.) über die Stellung des Heroldsamts und die Gebundenheit der Zivilgerichte an seine Entscheidungen.

3. FrankfRundsch. **48** 41 (KG.) über den Erwerb des Adels durch unvordenkliche Verjährung.

4. KGJ. **45 A** 97, R. **14** Nr. 430. Im Falle der Einverleibung fremder Landesteile bleibt der dort bestehende Adel aufrechterhalten, sofern nicht etwa ausdrücklich das Gegenteil bestimmt wird; er wird in den inländischen Adel aufgenommen und verbleibt nicht mehr in öffentlich-rechtlichen Beziehungen zu dem abtretenden Staate. Das preuß. Heroldsamt ist zuständig auch hinsichtlich solcher preußischer Untertanen, welche in Preußen den Adel eines in den preußischen Staat einverleibten Gebiets für sich in Anspruch nehmen.

Art. 59. I. Literatur. 1. Kreß, Fideikommißmatrikel und Grundbuch, BayNotZ. **51** 322—328. Die Fideikommißmatrikel war ehemals ein Grundbuch, ist aber seit Einführung des Grundbuchrechts nur noch ein amtliches Verzeichnis der Fideikommißbestandteile.

2. Schneider, Der Entwurf eines Gesetzes über Familienfideikommisse und Familienstiftungen, JLBl. **14** 25—27. Der Verf. erörtert die Bestimmungen des Entwurfes, der eine Mittelstellung zwischen den im Anschluß an den Entwurf von 1903 laut gewordenen politisch und wirtschaftlich stark auseinandergehenden Ansichten einnimmt. Er rühmt Sprache und Inhalt des neuen Entwurfes.

II. Rechtsprechung. 1. Allgemeines. a) **RG.** R. **14** 207. Der Fideikommißfolger ist als solcher grundsätzlich nicht Rechtsnachfolger des früheren Inhabers. Indeß kann die Regel des § 325 ZPO. auf ihn Anwendung finden. **b)** S. auch Art. 4.

2. Gemeines Recht. a) **RG.** R. **14** 174. Ein Grundsatz, wonach beim Übergange der Fideikommißfolge auf die weibliche Nachkommenschaft der „filia agnata" der Vorzug gebühre, hat im Gemeinen Rechte keine Anerkennung gefunden. Es hängt lediglich vom Stifterwillen ab, ob die filia agnata unter der weiblichen Nachkommenschaft bevorzugt sei. b) HansGZ. **14** Hptbl. 17 (Hamburg). Der Unterschied zwischen dem deutschrechtlichen Familienfideikommiß und der Familienstiftung ist vom **RG. 61** 28 ff. in Übereinstimmung der herrschenden, gemeinrechtlichen Lehre dahin festgelegt worden, daß die Familienstiftung ein eigenes selbständiges Rechtssubjekt bildet, während beim Familienfideikommiß der oder die jeweiligen Inhaber Eigentümer der Gegenstände des Fideikommisses (Grundstück, Kapital usw.) sind. Dabei ist zu beachten, daß eine juristische Persönlichkeit ohne organisierte Verwaltung nicht denkbar ist, so daß, wenn eine solche in der Stiftungsurkunde nicht angeordnet ist, die Familienstiftung ausscheidet. c) HansGZ. **14** Beibl. 17 (Hamburg). Deutschrechtliche Familienfideikommisse sind dem hamburgischen Rechte nicht fremd, es gibt aber dafür keine hamburgischen partikularrechtlichen Normen, vielmehr findet ausschließlich das gemeine deutsche Privatrecht Anwendung.

3. Preußen. a) **RG.** R. **14** 338 f. Das preußische Landrecht hat in §§ 647, 648 I. 18 keine besonderen Rechtsnormen hinsichtlich des Verhältnisses des Lehnfolgers zu seinen Gläubigern aufgestellt. Die Lehnsentsagung soll vielmehr den durch sie benachteiligten Gläubigern gegenüber ebenso behandelt werden, wie jede andere die Gläubiger benachteiligende Entsagung. Für die Anfechtung durch die Gläubiger kommt hiernach lediglich Reichsrecht in Betracht. **b) RG.** DJZ. **14** 1498 f. Die Satzungen einer Familienstiftung können zwar immer durch Familienschluß geändert werden, jedoch genügt schon der Beschluß eines Familienrats, wenn dies satzungsgemäß vorgesehen ist.

4. Bayern. a) BayNotZ. **51** 25 f. (VGH.). Wem das Eigentum am Fideikommisse zusteht, ist nicht unbestritten. Jedenfalls hat der Fideikommißbesitzer nach bayerischem Rechte (Art. 59 EGBGB., Art. 135 AG., Tit. V § 4 VerfUrk., VII. Bei-

lage der VerfUrk., Fideikommißedikt vom 26. Mai 1818) das alleinige eigentumsgleiche dauernde Nutzungsrecht (Nutzeigentum) am Fideikommißgute; er hat sonach dauernden Eigentumsbesitz, Verwaltung und Früchtegenuß, während das Recht der Anwärter in der Hauptsache im Sukzessionsrechte besteht und im übrigen ein nur beschränktes, im wesentlichen auf die Erhaltung des ungeschmälerten Bestandes des Fideikommisses abzielendes Recht ist. Demgemäß wird nur der Fideikommißbesitzer als „Eigentümer" im Grundbuch eingetragen, nicht aber die Anwärter als „Miteigentümer". **b)** R. **14** 402 (BayObLG.) über den Umfang des Anspruchs des Fideikommißbesitzers auf die Nutzungen (§ 44 FidEd.). **c)** R. **14** 402 (BayObLG.) über die Verwendung von Refundierungskapitalien (§§ 44, 64 FidEd.). **d)** R. **14** 402 (BayObLG.) über Sonderfonds (§§ 5, 13, 66, 69 FidEd.).

5. Württemberg, WürttRpflZ. **14** 147 f. (Stuttgart) über die Beaufsichtigung von Familienstiftungen. Es ist nicht zu beanstanden, daß auch jetzt, wie unter früherem Rechte, nicht bloß Familienstiftungen (vgl. WürttZ. **00** 129), sondern auch Familienfideikommisse der Aufsicht der Vormundschaftsbehörden unterstellt werden und bleiben können, wenn dies dem Willen des Erblassers entspricht. Für die Tätigkeit der Behörden sind, da besondere gesetzliche Vorschriften nicht gegeben sind, außer den Anordnungen des Erblassers die Grundsätze des jeweiligen geltenden Rechtes maßgebend und dessen Vorschriften zu entsprechender Anwendung zu bringen. Die Entscheidung darüber, ob die Ansprüche der Antragsteller an das Fideikommißvermögen begründet sind oder nicht, kommt den Gerichten zu; sie ist im ordentlichen Rechtswege herbeizuführen.

6. Mecklenburg, MecklZ. **32** 300 (Rostock) — unter Anziehung von Literatur und Rechtsprechung. Der Anspruch eines Lehnserben gegen die übrigen Lehnserben auf Aufhebung der Lehnsgemeinschaft unterliegt der Pfändung.

Art. 60. S. Artt. 57, 58.

Art. 61. S. Art. 59.

Art. 62. 1. **RG.** R. **14** Nr. 796. Der Vorbehalt des Art. 62 deckt auch nach der ausgesprochenen Absicht seiner Urheber (Prot. III 766) das mit der Rentengutsbildung verbundene dingliche Wiederkaufsrecht, wie es im Anschluß an das dingliche Vorkaufsrecht des BGB. jetzt im Art. 29 PrAGBGB. im einzelnen geregelt ist.

2. **RG.** R. **14** Nr. 795. Diese Vorschrift macht keinen Unterschied zwischen sozial- und nationalpolitischen Rentengütern.

3. SchlHolstAnz. **14** 11 f. (KG.). Ist die Begründung eines Rentenguts durch Vermittlung der Generalkommission erfolgt, so ist diese befugt, das Grundbuchamt um die lastenfreie Abschreibung eines zum Rentengut ausgegebenen oder durch ein Nebengeschäft veräußerten Grundstücks zu ersuchen. Das Grundbuchamt darf die Ausführung des Ersuchens nicht von der Beibringung einer Löschungsbewilligung des Gläubigers einer auf dem abzuschreibenden Grundstücke lastenden Hypothek oder eines Unschädlichkeitszeugnisses abhängig machen. (G. betr. die Beförderung oder Errichtung von Rentengütern vom 7. Juli 1891 [GS. 279], VO. wegen Organisation der Generalkommissionen vom 20. Juni 1817 [GS. 161] und §§ 7, 8 Kgl. PrVO. wegen des Geschäftsbetriebs in den Angelegenheiten der Gemeinheitsteilung vom 30. Juni 1894 [GS. 96].)

Art. 64. 1. Linckelmann, Das Höfegesetz für die Provinz Hannover (Hannover 1914).

2. Wellenkamp, Die Gütergemeinschaft im Höferecht für die Provinz Hannover, JW. **14** 629—634. Das Gesetz vom 28. Juli 1909 über die Änderung des Höfegesetzes vom 2. Juni 1874 führte ein Anerbenrecht auch bei den in die Höferolle eingetragenen Höfen ein, die zum Gesamtgut einer ehelichen oder fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft gehören. Bezüglich des Anwendungsgebiets des gütergemeinschaftlichen Höferechts tritt der Autor der Auffassung Linckelmanns,

Komm. zum Höfegesetz, entgegen, der jene Bestimmungen nur Platz greifen läßt, wenn dieser Güterstand unter ihrer Herrschaft vereinbart wurde; Lindelmann folgert dies aus dem in Art. 200 EGBGB. niedergelegten Grundsatz in Verbindung mit dem Umstande, daß sich das Gesetz keine rückwirkende Kraft beigelegt hat. Beide Erwägungsgründe erklärt der Verf. als unzutreffend.

Art. 65. A. Allgemeines. 1. **RG.** SeuffA. **69** 146, GruchotsBeitr. **58** 662. In der Erlassung von wasserrechtlichen Vorschriften hat die Landesgesetzgebung nach Art. 65 EG. freie Hand, aber dem § 909 BGB. hat der Gesetzgeber, wie nach dem Wortlaut und dem Zweck der Vorschrift angenommen werden muß, allgemeine und uneingeschränkte Geltung beilegen wollen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 272 f. über Staurecht und die Voraussetzungen seiner Ersitzung.

B. Gemeines Recht. 1. **RG.** JW. **14** 102 Nr. 20. Die gemeinrechtlichen Flußinterdikte sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

2. HansGZ. **14** Beibl. 113 (Hamburg). Alluvionen der Elbe an eingedeichten Uferstrecken fallen nach der Hamburger Deichordnung nur dann dem Staate zu, wenn es sich um Anlandung an Hauptdeiche (im Gegensatze zu Sommerdeichen) handelt.

3. **RG.** R. **14** Nr. 174. Das gemeinrechtliche Alluvionsrecht bezieht sich nur auf Anlandungen durch fließendes Wasser, nicht auf stehende Gewässer und noch weniger auf das Meer (lex 12 § 1 D. acquir. rerum dominio 41. 1, **RG. 54** 52, SeuffA. **58** Nr. 236).

4. **RG.** SchlHolstAnz. **14** 81. Auf Anlandungen des Meeres und auf Neuland, das durch künstliche Aufschüttungen auf Meeresboden eigentumsfähig geworden, hat nach Jütschem Low, Buch III Kap. 61 § 2, wonach alle Vorstrande dem Könige gehören, und nach dem damit übereinstimmenden Gewohnheitsrechte der Herzogtümer Schleswig-Holstein der Fiskus kraft des staatlichen Hoheitsrechts alleinigen Anspruch.

5. SchlHolstAnz. **14** 92 (KompKonflGH.). Ausschließliche Zuständigkeit der Wasserlösungskommission zur Entscheidung von Streitigkeiten wegen Instandhaltung der Wasserläufe einschließlich der zugehörigen Brücken und sonstigen Anlagen nach der provisorischen Verfügung für die Geestdistrikte des Herzogtums Schleswig vom 6. September 1863.

6. OVG. **65** 310. Räumung von Wasserläufen in Neuvorpommern und Rügen. Zur Frage, ob durch ein nach § 3 VorflutG. für Neuvorpommern und Rügen vom 9. Februar 1867 erlassenes Reglement dem Räumungskommissar die Befugnisse der Wasserpolizeibehörde übertragen werden können und, verneinendenfalls, ob gegenüber einer vom Räumungskommissar auf dem Gebiete der Wasserpolizei erlassenenen Verfügung die Klage im Verwaltungsstreitverfahren zulässig ist.

7. R. **14** 178 (BayKompKonflGH.) über die Natur der Fährgerechtigkeiten in öffentlichen Flüssen nach gemeinem Rechte.

C. Preußen. I. Literatur. 1. Gottschalk, Das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913 (Bonn 1913).

2. Holtz-Kreutz, Kommentar zum Wassergesetz vom 7. April 1913 (Berlin 1914).

3. Merk, Das neue preußische Wassergesetz im Vergleiche zu dem geltenden badischen Wasserrechte, BadNotZ. **14** 8—34. Der Verf. erörtert die Bestimmungen beider Gesetze im Vergleiche miteinander, insbesondere behandelt er die Arten der Gewässer, Eigentumsverhältnisse daran, die Eigentumserwerbsarten, Benutzung der Wasserläufe im Gemeingebrauche, Sondernutzung kraft Eigentums und kraft Verleihung, das Erlöschen des Wasserbenutzungsrechts und das Ausgleichungsverfahren

4. Riemann, Einiges über das neue Wassergesetz, BreslauAK. **14** 9—12. Der Verf. erörtert insbesondere die Übergangsvorschriften des G. vom 1. April 1913 und führt zum Schlusse die dem schlesischen Provinzialrecht angehörenden Gesetze auf, die auch nach dem am 1. Mai 1914 erfolgten Inkrafttreten dieses Gesetzes bestehen geblieben sind.

5. Rieß, Ist es zweckmäßig, Verleihung und Sicherstellung von Rechten nach dem neuen Wassergesetze nachzusuchen? PrVerwBl. **35** 917—920. Nachsuchung der Verleihung zwecks Befreiung von Ansprüchen sonst schadensersatzberechtigter Dritter wird nur ausnahmsweise praktisch sein, wenn die Schäden im Verfahren bereits berücksichtigt werden können; bei neuen Grundwasserwerken wird dies regelmäßig nicht der Fall sein, die Verleihung hat ihren Hauptvorteil bei Neuerwerb von Rechten. Die Sicherstellung wird nur dann nachzusuchen sein, wenn wechselnde polizeiliche Anforderungen zu fürchten sind oder die polizeiliche Genehmigung versagt ist.

6. Rohland, Glossen zum neuen preußischen Wassergesetze, RuW. **3** 67—69. Der Verf. erörtert eine Reihe an § 24 WasserG. anknüpfender Fragen.

7. Schmidt, Das Recht der Wassernutzung nach dem preußischen Wassergesetze vom 7. April 1913, VerwA. **22** 89—157. Der Verf. erörtert eingehend das Recht der Wassernutzung, wie es sich nach dem neuen Gesetze darstellt, — nachdem er zuvor einen gründlichen — historischen und rechtsvergleichenden — Überblick über die Materie gegeben.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** RheinZ. **111** 52. Das Bett eines öffentlichen (schiffbaren) Flusses kann nach preußischem Rechte dadurch Gegenstand von Privateigentum werden, daß es mit Erlaubnis der Behörde am Flusse abgeschnitten und in Besitz genommen wird.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 685. Für den Begriff der Quelle im Sinne des PrPrivatflußG. vom 28. Februar 1843 § 1 ist ein sofortiger geregelter Ablauf des Wassers kein notwendiges Erfordernis.

3. OVG. **64** 501. Zuständigkeit zur Entscheidung von Streitigkeiten über die Verpflichtung zur Räumung von Gräben im Bezirke der holsteinischen Deichverbände. Zur Auslegung des § 66 Abs. 6 ZuständigkeitsG., wonach die Bestimmungen der Abs. 1—5 das. auf Gräben, Bäche und Wasserläufe im Bezirk eines Deichverbandes keine Anwendung finden. Zur Frage der Anwendung der Vorschrift des § 66 Abs. 6 auf die Schleusen-, Wettern- und Wasserlösungsverbände in den Schleswig-Holsteinschen Marschdistrikten.

4. OVG. **65** 315. Klagen gemäß § 66 Abs. 2 u. 3 WassergenossenschaftsG. vom 1. April 1879 auf Erlaß der Genossenschaftsbeiträge oder auf Ausscheiden von Grundstücken aus der Genossenschaft. Im Sinne des § 66 aaO. haben die zu einer Genossenschaft zugezogenen Grundstücke schon dann Vorteil von dem Unternehmen, wenn die Anlagen der Genossenschaft dem Eigentümer die Möglichkeit gewähren, durch wirtschaftlich gerechtfertigte Kulturarbeiten höhere Erträge zu erzielen. Entscheidend ist, ob das zur Genossenschaft gezogene Grundstück von dem Unternehmen Vorteil hat; auf die Leistungsfähigkeit des jeweiligen Eigentümers zur Aufbringung der Kulturkosten kommt es nicht an.

5. OVG. **65** 305. Räumung von Vorflutgräben (§ 66 ZuständigkeitsG.). Zur Frage, ob der Grundstückseigentümer einen auf seinem Grund und Boden befindlichen Vorflutgraben ohne Genehmigung der Wasserpolizeibehörde verlegen, oder durch eine Röhrenleitung ersetzen darf. Anforderungen, denen der Ersatzgraben, insbesondere in bezug auf Sohlenbreite und Uferböschungen entsprechen muß.

6. OVG. **64** 497. Versagung der polizeilichen Genehmigung zur Verlegung eines Privatflusses wegen Gefährdung des Bergwerksbetriebs. Zur Frage, aus welchen Gründen die Genehmigung versagt werden darf. Über die Erteilung oder

Versagung der Genehmigung hat die Wasserpolizeibehörde und nicht die Bergpolizeibehörde zu entscheiden.

D. Bayern. I. Literatur. Wein, Die Wasserkraft im Rechtssinne, BayNotZ. **51** 161—173. Bayern hat von der auf Grund des Vorbehalts im Art. 65 EGBGB. ihm eingeräumten Befugnis, auf dem Gebiete des Wasserrechts auch dingliche Rechte besonderer Art zu schaffen, Formen, die das Reichsrecht nicht kennt, keinen Gebrauch gemacht. Das kann auch seitens der Verwaltungsbehörde auf Grund der ihr nach Artt. 42, 43, 46 WasserG. eingeräumten Ermächtigung nicht geschehen.

II. Rechtsprechung. 1. R. **14** Nr. 467 (BayVGH.). Einspruch auf Grund von Privatverhältnissen nach Art. 170 BayWasserG. vom 23. März 1907.

2. R. **14** Nr. 148 (BayVGH.). Schädliche Stauung im Sinne des Art. 47 Abs. 1 Ziff. 1 WasserG. vom 23. März 1907.

3. R. **14** Nr. 340 (BayVGH.). Zwangsweise Beiziehung zu öffentlichen Wassergenossenschaften (Artt. 112, 136, 181 Abs. 2 Ziff. 4, 183 WasserG. vom 23. März 1907). Die Eigentümer von Grundstücken, auf die sich die nutzbringende Wirkung des Unternehmens nicht erstreckt oder deren Beiziehung für wirtschaftlich oder technisch zweckmäßige Unternehmensausführung nicht geboten ist, dürfen unter allen Umständen zwangsweise zur Genossenschaft nicht beigezogen werden.

E. Sachsen. 1. FischersZ. **43** 354 (VO. des Min. d. Inn.). Die Unterhaltungsgenossenschaften sind bei der Wahl von Mitgliedern des Wasseramts nach § 158 Abs. 1 WasserG. vom 12. März 1909 nicht auf Personen aus ihrer Mitte beschränkt.

2. FischersZ. **43** 356 (VO. des Min. d. Inn.). Die Satzungen der Unterhaltungsgenossenschaften sind nach §§ 71, 141 WasserG. frei von der Landesstempelsteuer, unterliegen aber der Reichsstempelabgabe.

3. SächsOVG. **21** 116. Zur Auslegung des Begriffs „fließende Gewässer" im Sinne von § 1 Abs. 1 WasserG.

4. SächsOLG. **35** 190, FischersZ. **43** 378 (SächsKompGH.). Für Streitigkeiten über das Wassernutzungsrecht der Anlieger ist nach sächsischem Rechte der Rechtsweg ausgeschlossen (§§ 22, 23, 31, 154 WasserG.).

5. SächsOVG. **20** 296. Den an einem fließenden Gewässer bestehenden Sonderbenutzungen gewährt das Wassergesetz keinen Schutz gegen Verminderung der Wassermenge durch Abfangen der Quellen zum Zwecke der Wasserversorgung einer Gemeinde.

6. SächsOVG. **20** 297. Rechtliche Wirkungen der Vereinigung eines Eigentumsgewässers mit einem Aufsichtsgewässer.

7. SächsOVG. **21** 15. Die Unterhaltungspflicht nach § 76 WasserG. Sie erstreckt sich nicht auf die Reinigung des Wehrteichs.

8. SächsOVG. **21** 8. Zur Auslegung des Begriffs „Gefährdung des Gemeinwohls" im Sinne vom § 41 Abs. 1 WasserG. Steht eine solche nach Ansicht der Behörde zu befürchten, so ist sie nicht verpflichtet, etwaige zu deren Beseitigung geeignete Vorkehrungen vorzuschlagen.

F. Baden. I. Literatur. 1. Wiener, Das badische Wasserrecht. Ergänzungsband zur 2. Aufl. von Schenkel, Bad. Wasserrecht (Karlsruhe 1913). Das BadWasserG. vom 26. Juni 1899 ist durch die Gesetze vom 19. Oktober 1906 und vom 8. April 1913 wesentlich umgestaltet worden. Das vorliegende Werk will als Ergänzung zu Schenkels Bearbeitung des badischen Wasserrechts die neuen oder abgeänderten Bestimmungen erläutern und die zur Ausführung des Gesetzes erlassenen Verordnungen und Verfügungen der Behörden sowie die seit 1900 auf dem Gebiete des Wasserrechts ergangenen Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs, der bürgerlichen Gerichte und des Ministeriums des Innern zusammenstellen.

2. S. C 3.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 485, JW. **14** 48 Nr. 17. Auf Verletzung des BadWasserG. vom 26. Juni 1899 kann die Revision nicht gestützt werden.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 178. Das neue BadWasserG. vom 26. Juni 1899 stellt sich keineswegs als eine Ergänzung der älteren wasserrechtlichen Bestimmungen, sondern als eine vollständige und umfassende Neuregelung im Anschluß an die Vorschriften des BGB. dar (Schenkel [2] 21, 22).

G. Württemberg. 1. WürttRpflZ. **14** 99 (VerwGH.) — eingehend besprochen von Graf —. Die durch Art. 38 Abs. 1 WasserG. vom 1. Dezember 1900 gewährte Klage auf Schadloshaltung wegen Beeinträchtigung von Wassernutzungsrechten durch neue Verleihung ist vor den bürgerlichen Gerichten, nicht vor den Verwaltungsgerichten zum Austrage zu bringen. Unter „Streitigkeiten über die Benutzung öffentlicher Gewässer" (Art. 10 Ziff. 24 VerwaltungsrechtspflegeG.) sind Streitigkeiten über Inhalt und Umfang öffentlicher Wassernutzungsrechte und über das Verhältnis mehrerer derartig Berechtigter zueinander, nicht aber Schadensersatzansprüche zu verstehen.

2. WürttRpflZ. **14** 107 (Ministerialbescheid) über das Erlöschen der polizeilichen Genehmigung von Stauanlagen für Wasserbetriebwerke und der Wassernutzungsrechte (Art. 44 WasserG.).

H. Elsaß-Lothringen. RheinZ. **6** 399 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach — über Elſ.-Lothr. Wasserrecht (§§ 46, 47 ElsLothAGBGB., die sachlich im wesentlichen dasselbe besagen wie Artt. 644, 645 C. c.).

Art. 66. 1. SchlHolstAnz. **14** 17 (Kiel) — aufgehoben durch **RG.** aaO. 227—230 über die Eigentumsverhältnisse der schleswigschen Kröge an dem sog. „Vorland" — über die Parteifähigkeit der Kröge und ihre gesetzliche Vertretung durch die Krogsinspektoren.

2. PrOVG. **64** 506. Ausscheiden von Grundstücken aus dem Deich- oder Sielverbande. Im Geltungsbereiche der DeichO. für das Herzogtum Bremen und VO. vom 29. Juli 1743 ist in bezug auf die Verbandslasten und ihre Verteilung der bestehende Zustand durch die spätere Gesetzgebung nicht geändert worden; ein Ausscheiden einzelner Grundstücke aus dem Deich- oder Sielverband ist gegen den Willen des Beteiligten nicht zulässig.

Art. 67. A. Preußen. I. Literatur. 1. Arndt, Allgem. Berggesetz für die Preußischen Staaten (8) (Freiburg 1914).

2. Starck, Über das Verhältnis des Bergbaues zu öffentlichen Verkehrsanstalten (§ 148 f. ABergG.), JW. **14** 582—584. Der Verf. erörtert das Verhältnis des Bergbaues zu den öffentlichen Verkehrsanstalten, — besonders wichtig bei der Anlage von Kanälen und Eisenbahnen, zu deren Anlegung dem Unternehmer das Expropriationsrecht erteilt ist, und behandelt die sich hieraus ergebenden Entschädigungsfragen.

3. Voelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, systematisch dargestellt (Berlin 1914). Der Verf. behandelt — nach einer historischen Einleitung — zunächst die Bergbehörden und das Verfahren in Bergsachen, dann den Erwerb und die Aufhebung des Bergwerkseigentums, die Bergschäden, Gewerkschaft, Bergpolizei und Bergarbeiterrecht.

4. Westhof-Schlüter, jetzt Schlüter-Hense, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten nebst Novellen (3) (Berlin 1913).

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** JW. **14** 318 Nr. 20 (§ 148 ABergG.) Um einen Bergschaden im Sinne obiger Bestimmung handelt es sich stets, wenn der Bergbau die Entwertung des beschädigten Grundstücks oder die Minderung seiner Ertragsfähigkeit zur Folge hat (**RG. 74** 276 ff.).

2. **RG.** R. **14** 236. Zu § 148 ABergG. vom 24. Juni 1865 (Berechnung der Entschädigung).

3. **RG.** JW. **14** 600 Nr. 19. Über das Verhältnis der §§ 148, 150 Abs. 2 ABergG. zueinander.

4. **RG.** JW. **14** 419 Nr. 20. §§ 148, 151 ABergG. Beginn der Verjährung mit der Kenntnis des Schadens.

5. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 689, JW. **14** 107 Nr. 36. §§ 148, 151 ABergG. Nur in Ermangelung anderweitiger sicherer Erkenntnisquellen kann und muß die allgemeine Meinung der beteiligten Kreise als Merkmal für Verlust oder Fortbestand der Bauplatzeigenschaft häufig herangezogen werden.

B. Bayern. R. **14** 468 (BayVGH.). Bezeichnung des Fundpunkts bei der Mutung (Art. 16 Abs. I Ziff. 4 BayBergG. vom 13. August 1910).

C. Sachsen. I. Literatur. 1. Bewer, Die sächsischen Bergschiedsgerichte, SächsRpflA. **14** 73. Der Verf. erörtert nach einer geschichtlichen Einleitung die Zuständigkeit der sächs. Bergschiedsgerichte in bezug auf die ihnen zugewiesenen Streitsachen und den ihnen unterworfenen Personenkreis.

2. Wahle, Bemerkungen zu dem Bewerschen Aufsatze „Die sächsischen Bergschiedsgerichte", SächsRpflA. **14** 145—152, wendet sich gegen den Vorschlag Bewers, die sächsischen Bergschiedsgerichte aufzuheben und dafür Berggewerbegerichte nach § 82 GewGG. zu errichten.

3. Wahle, Der Entwurf eines Knappschaftsgesetzes für das Königreich Sachsen, DJZ. **14** 407—410. Das KnappschaftsG. vom 2. April 1888 hat durch die Bestimmungen der RVO. und des AVG. zahlreiche Änderungen erfahren. In Anpassung an die Bestimmungen dieser Gesetze, ihre zwingenden Bestimmungen im Wortlaut aufnehmend, ist der Entwurf des neuen Knappschaftsgesetzes geschaffen worden.

II. Rechtsprechung. 1. SächsOLG. **35** 141. Zum Begriffe des Bergschadens (ABergG. § 355).

2. SächsOLG. **35** 113. Voraussetzungen für die Beschränkung des Rechtswegs nach § 148 (neue Fassung § 368 ABergG.).

3. SeuffA. **69** 148 (Dresden). Über den Anspruch des Grundeigentümers auf Schadensersatz wegen drohender Bergschäden nach SächsBergG. vom 31. August 1910.

4. SächsOVG. **21** 268. Das Einkommen aus Kohlenzehnten, deren Bezugsrecht sich der Eigentümer des Oberflächengrundstücks bei dessen Veräußerung vorbehalten hatte, wird wieder Grundstückseinkommen, wenn der nunmehrige Eigentümer des Oberflächengrundstücks den Bezugsberechtigten beerbt.

Art. 69. A. Jagdrecht. I. Allgemeines. 1. Über das Verhältnis des Reichsrechts zum Landesjagdrechte (§ 228 BGB.?) vgl. Dickel, Rechtsfälle Heft 3, Erläut. 114 ff., ferner das. 128.

2. Pfund, Aufteilung des Gemeindejagdbezirkes unter die mehreren Pächter, R. **14** 250—255. Nach der vom Verf. vertretenen Auffassung dürfen die mehreren Pächter den von ihnen gemeinsam gepachteten Jagdbezirk unter sich räumlich so abteilen, daß jeder von ihnen einen abgesonderten Teil zur alleinigen Jagdausübung hat.

II. Preußen. 1. OVG. **65** 318. Bildung von Eigenjagdbezirken durch gegenseitige Übertragung von Miteigentum. Das Miteigentum, welches nach § 4 Abs. 1 JagdO. vom 15. Juli 1907 die Bildung von Eigenjagdbezirken ermöglicht, ist das des BGB. und, wenn es nur für ideelle Bruchteile begründet wird, an einen bestimmten Mindestbetrag des Bruchteils nicht gebunden. Sein Bestehen wird auch durch vereinbarte Beschränkungen in der Ausübung der Eigentumsrechte nicht in Frage gestellt.

2. OVG. **65** 332. Amt des Jagdvorstehers. Ein Jagdvorsteher, der als solcher in einem Verwaltungsstreitverfahren Partei ist, kann diese Parteirolle nicht weiter-

führen, wenn er im Laufe des Streitverfahrens aufhört, Gemeinde- und damit Jagdvorsteher zu sein.

3. PrVerwBl. **35** 642 (OVG.). Ein Kgl. Oberförster überschreitet seine Amtsbefugnisse nicht, wenn er einen bei der Jagd übergelaufenen fremden Hund, der den wertvollen Wildbestand eines Kgl. Forstes gefährdet, durch Erschießen tötet. Geltungsbereich der Verordnung der Österreich-Bayerischen gemeinschaftlichen Landesadministrationskommission vom 21. September 1815 und der Verordnung für das Generalgouvernement Nieder- und Mittelrhein vom 18. August 1814 (Lottner, Sammlung Rheinischer Gesetze I 329 und 156).

III. Bayern. 1. Literatur. Pollwein, Bayer. Jagdgesetz (München 1914).

2. Rechtsprechung. a) OLG. **28** 245 (München). Wildernde Hunde können nach bayerischem Rechte (§ 17 VO. vom 5. Oktober 1863, jetzt § 16 der neuen VO. vom 6. Juni 1909) getötet werden. Es brauchen die Voraussetzungen des § 228 BGB. nicht vorzuliegen. **b)** R. **14** 142 (BayObLG.). Auch in Bayern besteht kein Recht zur Jagdfolge zum Zwecke der Inbesitznahme angeschossenen Wildes (Art. 10 G. vom 25. Jul 1850 die Bestrafung der Jagdfrevel betr., Art. 2 Ziff. 10 BayEinf. VollzG. vom 26. Dezember 1871 zum RStGB.).

IV. Baden. BadRpr. **14** 33 (Karlsruhe). Die Erlaubnis zur selbständigen Jagdausübung kann einem Gastschützen jeweils nicht länger als auf ein Jagdjahr erteilt werden (§ 10 b BadJagdG.).

V. Hannover. 1. OVG. **64** 511—514. Gegen den auf Grund des § 4 Abs. 3 letzter Satz JagdO. für Hannover vom 11. März 1859 von der Obrigkeit verfügten Anschluß von Grundstücken an einen angrenzenden Jagdbezirk findet das Verwaltungsstreitverfahren nicht statt.

2. OVG. **65** 334. Für die Frage, ob ein Gewässer im Sinne des § 2 HannJagdO. vom 11 März 1859 vorhanden ist, kommt es nur auf das tatsächliche Bestehen des Gewässers und nicht auch auf seinen Ursprung, seine Zweckbestimmung oder darauf an, ob der Eigentümer es beseitigen kann und darf. Landflächen sind einem Gewässer nur insoweit zuzurechnen, als sie zu seinem Bestande gehören, nicht schon deshalb, weil sie seiner Benutzung oder Instandhaltung dienen.

B. Fischereirecht. I. Literatur. 1. Cronmüller, Das Fischereirecht in Württemberg und den angrenzenden Ländern (Inaug.-Diss.). Die Schrift behandelt neben dem württembergischen Rechte das bayerische und badische, indem sie die grundlegenden Gesetze aufführt und Fischereiberechtigung, Ausübung des Fischereirechts, Verhältnis dieses Rechts zu anderen Rechten und dessen Schutz erörtert.

2. Delius, Der Entwurf des neuen Fischereigesetzes, DJZ. **14** 660—664. Der Verf. behandelt den Entwurf des Preußischen Fischereigesetzes, der im Gegensatze zu dem wesentlich fischereipolizeilichen Charakter des gegenwärtigen Gesetzes vom 30. Mai 1874 Bestimmung gibt, durch die eine nach Art der Teichwirtschaft betriebene ordnungsmäßige Bewirtschaftung der Fischgewässer gefördert und damit die Fischerei gehoben werden soll. Er betrachtet den Entwurf als wohl geeignet zu diesem Zwecke, und empfiehlt bei Zweifelsfragen Berücksichtigung des vorzüglichen bayerischen Fischereigesetzes.

II. Rechtsprechung. 1. SchlHolstAnz. **14** 169 (Kiel). Unzulässigkeit eines Pachtvertrags über ein als Grunddienstbarkeit bestehendes Fischereirecht. Eine Übertragung einer Grunddienstbarkeit lediglich ihrer Ausübung nach ist nach gemeinem Rechte nicht zulässig.

2. SchlHolstAnz. **14** 170 (Kiel) über den Begriff der kleinen und großen Fischerei.

3. **RG.** R. **14** 273. Für das jetzt in der Rheinprovinz geltende Fischereirecht ist in erster Linie maßgebend das Gesetz betr. die Fischerei der Ufereigentümer in den

Privatflüssen der Rheinprovinz vom 25. Juni 1895. Auf Grund dieses Gesetzes steht die Fischereigerechtsame in der Rheinprovinz den Ufereigentümern zu, es sei denn, daß ein Fischereirecht auf „einem besonderen Rechtstitel“ im Sinne des § 2 G. beruht. Unter einem besonderen Rechtstitel ist nur ein privatrechtlicher, nicht auch ein lehnrechtlicher Rechtstitel zu verstehen.

Art. 70. Dittler, Wildschadensersatz und Wildschadenverhütung nach dem in Baden geltenden Rechte (Heidelberg 1914).

Art. 71. OLG. **28** 306 (Cassel). Im Art. 71 Nr. 1 wird die Landesgesetzgebung, die eine Ersatzpflicht bezüglich wilder Tiere anderer Arten, als des § 835 BGB. vorschreibt, nicht schlechthin aufrechterhalten, sondern nur unter der Einschränkung, daß es sich um Tiere handelt, die das Landesgesetz für jagdbar erklärt. Bei Inkrafttreten des BGB. waren die Kaninchen in Kurhessen jagdbar (Klingelhoeffer, JagdO. [1896] 34 III a; Dalke, Jagdrecht 86). Daher waren gemäß Art. 71 am 1. Januar 1900 noch der § 1 KurhessWildschadenG. vom 26. Januar 1854 und der § 34 G. vom 7. September 1865 aufrechterhalten, nach denen der Jagdberechtigte für den durch wilde Kaninchen angerichteten Wildschaden in voller Höhe Ersatz zu leisten hatte. Gemäß Art. 3 verb. mit Art. 59 EG. konnte der preußische Gesetzgeber diesen Rechtszustand jederzeit aufheben; und zwar nach Art. 71 Nr. 1 einfach dadurch, daß er die Jagdbarkeit der wilden Kaninchen, also die dort festgelegte Bedingung der Schadenspflicht der Jagdberechtigten, auch für Kurhessen beseitigte. Das ist durch das PrWildschonG. vom 14. Juli 1904 (GS. 159) geschehen, dessen § 1 die „Jagdbarkeit“ der Tiere für die ganze Monarchie mit Ausschluß Hohenzollerns einheitlich regelt.

Art. 73. 1. RheinA. **111** 113 (Düsseldorf), **RG.** RheinA. **111** 65. Die aus der Zeit vor Einführung der französischen Gesetzgebung stammenden Brückenprivilegien sind durch die französische und die spätere Gesetzgebung nicht beseitigt worden. Der Umfang solcher Privilegien kann nur aus den Verleihungsurkunden ermittelt werden.

2. BayRpflZ. **14** 29 (KompKonflGH.) über die rechtliche Eigenschaft einer Fährgerechtigkeit und der dem Berechtigten gebührenden Reichnisse. Nach gemeinem deutschen Rechte gehören die Fährgerechtigkeiten auf den öffentlichen Flüssen zu den niederen Regalien. Diese wurden aber nicht als unveräußerliche staatliche Hoheitsrechte, sondern als fiskalische Rechte angesehen, die durch Übertragung an Private Gegenstand eines bürgerlichen Rechtes werden konnten. S. auch Art. 65.

Art. 74. 1. R. **14** Nr. 465 (Celle). Trennbarkeit der Realgemeindeberechtigung von der Hofesstelle. Das G. vom 5. Juni 1888 (GS. 233) gibt den Realgemeinden die Möglichkeit, sich eine Vertretung zu schaffen, vermeidet aber im übrigen jede privatrechtliche Regelung der Realgemeinden und ihrer Mitglieder. Diese haben infolgedessen durch das Gesetz auch nicht das Recht erhalten, ihre subjektiven Rechtsverhältnisse in einem größeren Umfange durch die Satzung zu regeln, als sie es vorher durch Rechtsgeschäfte konnten. Die ihnen bisher nicht zustehende Befugnis, objektives Recht, namentlich den Grundsatz der Trennbarkeit der Realgemeindeberechtigung abzuändern, bleibt ihnen daher versagt.

2. BayNotZ. **51** 27, BayRpflZ. **14** 72 (BayObLG.). Nach dem bayerischen Rechte stehen die realen Gewerbeberechtigungen, sofern sie frei veräußerlich sind, den Grundstücken gleich. Für ihre rechtsgeschäftliche Übertragung ist mithin für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts des BGB., d. h. vor der Grundbuchanlegung nach dem Art. 14 NotG. vom 10. November 1861 ein notarieller Vertrag, seitdem die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erforderlich.

3. BayObLG. **15** 128. Die Tatsache der Transferierung einer Taferngerechtsame auf ein anderes Anwesen schließt nicht aus, daß zur Ausübung der mit der

Gerechtsame verbundenen Befugnisse unter ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnisse der zuständigen Distriktsverwaltungsbehörde auch noch einzelne Räume des Hauses benutzt werden, in dem früher die Gerechtsame ausgeübt wurde; nach dem Gesetze war es nicht unzulässig, ein Tafernrecht, auch wenn es auf einem bestimmten Anwesen radiziert war, wenigstens in einzelnen Richtungen auch außerhalb des Anwesens auszuüben.

Art. 77. I. Literatur, König, Haftung des Amtes nach dem Gesetze vom 1. August 1909 für Amtspflichtverletzungen des Amtmanns innerhalb seiner polizeilichen Befugnisse, PrVerwBl. **35** 792 f. a) Der Amtmann haftet persönlich einem Ersatzberechtigten gegenüber für Amtspflichtverletzungen auf Grund des Gesetzes vom 1. August 1909 niemals, wobei seine Inanspruchnahme durch das in erster Linie ersatzpflichtige Amt oder den Staat unberührt bleibt. b) Der Amtskommunalverband haftet für alle Amtshandlungen seines Amtmanns, mögen sie nun rein kommunale oder an sich staatliche Angelegenheiten betreffen, jedoch bei Fahrlässigkeit des Amtmanns nur subsidiär, d. h., wenn von anderer Seite Ersatz nicht zu erlangen ist. Hiernach tritt die Ersatzpflicht des Amtes in Fällen, wo es sich um Amtshandlungen handelt, die nicht rein kommunale Angelegenheiten betreffen, in der Praxis nur in seltenen Fällen ein. Denn, wenn es sich um Aufgaben der Polizeiverwaltung handelt, die einen großen Teil des Geschäftsbereichs eines Amtmanns ausfüllen und die Hauptgefahr eines Schadensersatzanspruchs bilden, so ist die nach dem G. vom 1. August 1909 angeordnete Haftung des Amtskommunalverbandes, die in diesen Fällen wohl mit Recht als eine unbillige Härte aufgefaßt werden könnte, nicht so gefährlich, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Denn, wenn auch Fälle der besprochenen Art, in denen eine quasikontraktliche Haftung des öffentlichen Verbandes, in dessen Angelegenheiten die Amtspflichtverletzung vorgekommen ist, nicht allzu häufig sein mögen, so sind doch die Fälle, in denen die Amtspflichtverletzungen in Ausführung der dem Beamten als „verfassungsmäßig berufenem Vertreter" des Staates zustehenden Verrichtungen vorgenommen sind, häufiger und befreien in gleicher Weise das Amt von seiner Ersatzpflicht (§§ 31, 89, 823 ff. HGB.).

2. Pfordten, Die Haftung des Staates für Angehörige des bayerischen Heeres, BayRpflZ. **14** 7—12. Das RGes. vom 22. Mai 1910 (RGBl. 798), das die Haftung der Reichsbeamten nach § 839 BGB. dem Reiche auferlegte, stellte im § 1 Abs. 3 die Personen des Soldatenstandes den Reichsbeamten gleich und schnitt damit die Zweifel ab, die sich bei der Auslegung des Begriffs eines Reichsbeamten hätten ergeben können. Die dem bayerischen Kontingent angehörenden Personen des Soldatenstandes blieben ausgeschlossen, weil die bayerische Heeresverwaltung nicht auf Rechnung des Reiches geführt wird. Das Reichsgesetz kennt keine Vorentscheidung. Durch das BayG. vom 6. Dezember 1913 wird jetzt auch für Bayern ein klarer und einfacher Rechtszustand geschaffen, der dem im Reiche geltenden nahezu vollständig angeglichen ist, und im wesentlichen auch gleiches Recht für Zivilbeamte und für Personen des Soldatenstandes bringt.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 463. Das G. vom 1. August 1909 findet nur dann Anwendung, wenn die Amtspflichtverletzungen, auf die der Ersatzanspruch gestützt ist, sei es ganz oder wenigstens zum Teil nach dem Inkrafttreten des Gesetzes (1. Oktober 1909) begangen sind. Daß die schädigende Wirkung eines vor diesem Tage bereits abgeschlossenen pflichtwidrigen Verhaltens erst später eingetreten ist, genügt nicht.

2. **RG.** JW. **14** 423 Nr. 24. Die Lehrpersonen an den von den Gemeinden unterhaltenen höheren Lehranstalten sind im Sinne des § 4 G. vom 1. August 1909 für den Dienst der Gemeinde eingestellt.

3. PosMSchr. **14** 98 (Posen). Die Volksschullehrer in der Provinz Posen sind

unmittelbare Staatsbeamte. Der Staat haftet für Schaden aus Schülerzüchtigungen ausschließlich.

4. **RG.** ZBlFG. **14** 52. Art. 1384 C. c. ist auf das Verhältnis zwischen Staat und Zwangsversteigerungsrichter anzuwenden. Nicht das Maß der Selbständigkeit und der dienstliche Rang des Beamten kann entscheidende Bedeutung haben, sondern daß der Staat die Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben einem Beamten überträgt, damit dieser für und im Namen des Staates und den vom Staate gegebenen Vorschriften gemäß handele.

5. **RG.** RheinA. **111** 25. Auf Grund des Art. 1384 Code civil kann Schmerzensgeld nicht beansprucht werden. Der Umfang der Schadenshaftung gemäß Art. 1384 bestimmt sich auch nach dem Inkrafttreten des BGB. noch nach dem Code civil, nicht nach dem BGB.

Art. 84. ZBlFG. **14** 481, HessRspr. **14** 236 (Darmstadt). Eine preußische Religionsgesellschaft kann die Rechtsfähigkeit nicht durch Eintragung in ein hessisches Vereinsregister erlangen.

Art. 86. 1. ZBlFG. **14** 818, ElsLothNotZ. **14** 131 (LG. Metz). Eine Kirchenfabrik bedarf zur Annahme einer mit der Auflage des Haltens von Seelenmessen gemachten freigebigen Zuwendung unter 5000 M. nicht der staatlichen Genehmigung.

2. Dagegen ElsLothJZ. **14** 32 (Colmar).

Art. 90. *Karger, Rückgabe von Amtskautionen, DGZ. **14** 289. Für hieraus sich entwickelnde Streitigkeiten ist in Preußen der Bezirksausschuß zuständig. Gegen dessen Entscheidung gibt es binnen 6 Monaten die Möglichkeit auf gerichtliche Entscheidung (§ 7 KommBeamtG. vom 30. Juli 1899).

Art. 95. I. Literatur. Berthold, Ende des Gesindedienstvertrags bei Entlaufen des Gesindes, SächsRpflA. **14** 47. Solange die Dienstherrschaft auf das ihr im § 95 RevGesO. zugebilligte Recht, die Zurückführung zu beantragen, nicht ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hat, besteht der Gesindevertrag fort, und der Dienstherr muß deshalb für berechtigt erachtet werden, den Lohn, falls dieser erst am Schlusse der Dienstzeit zu entrichten ist, bis dahin zurückzuhalten oder die Herausgabe des Dienstbuchs, zu dessen Verwahrung er nach § 103 RevGesO. verpflichtet ist, zu verweigern.

II. Rechtsprechung. 1. KGBl. **14** 120 (LG. I Berlin). In Groß-Berlin besteht ein der Bestimmung des § 112 GesO. vom 8. November 1810 entgegenstehender Ortsgebrauch nicht; mangels besonderer Abrede beträgt daher bei städtischem Gesinde die Aufkündigungsfrist sechs Wochen.

2. KGBl. **14** 60 (LG. I Berlin). Eine Aufhebung des Dienstvertrags „durch Schuld des Gesindes" im Sinne des § 36 PrGesO. liegt nicht vor, wenn das Gesinde von seinem vertragsmäßigen Kündigungsrechte Gebrauch macht. In diesem Falle können Weihnachts- oder Neujahrsgeschenke auf den Lohn nicht angerechnet werden.

Art. 96. I. Literatur. Josef, Zur Pfändbarkeit und Übertragbarkeit des Altenteils, RheinZ. **6** 227—240. Tritt der Altsitzer, dem das Recht auf Unterhalt im Grundstück oder auf eine Geldrente zusteht, dieses Recht an einen Dritten ab, so ist, da die Abtretung des Unterhaltsrechts eine Veränderung des Inhalts des Rechtes zur Folge hätte, also unzulässig ist (§ 399 BGB.), diese Abtretung nach § 140 BGB. auszulegen als Abtretung des Anspruchs auf die Geldrente. Die Abtretung hat also nicht eine Veränderung des Inhalts des Rechtes, sondern nur eine Beschränkung seines Umfanges zur Folge. Aus diesem Grunde ist auch eine Pfändung des dem Altsitzer zustehenden Rechtes auf Unterhalt oder auf die Geldrente zulässig; der Gläubiger kann auch hier nur die Rente verlangen, d. h. während das Schuldverhältnis in der Hand des Altsitzers als Wahlschuldverhältnis bestand, hat die Pfändung die Beschränkung des Umfanges der Forderung zur Folge, wogegen der Inhalt

der (allein noch zulässig gebliebenen) Leistung keine Veränderung erfährt. Der § 399 BGB. mit § 851 ZPO. steht also der Pfändung eines solchen Rechtes nicht entgegen.

II. Rechtsprechung. RJA. **13** 135 (KG.). Das Altenteil ist als einheitliches Recht an einem Grundstücke dem heutigen Rechte unbekannt. Es ergibt sich das schon aus seiner Nichterwähnung im BGB. und der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte. Der Vorbehalt des Art. 96 EGBGB. betrifft nur die schuldrechtliche Seite des Verhältnisses, den Altenteilsvertrag; nur dieser hat daher auch im Art. 15 PrAGBGB. eine, überdies nicht erschöpfende Regelung erfahren.

Art. 103. 1. RheinZ. **6** 418 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach —. Ob man es bei den Ersatzansprüchen nach Art. 103 EGBGB. mit privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Ansprüchen zu tun habe, ist bestritten.

2. RheinZ. **6** 417 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach — auch Els. LothJZ. **14** 135. Nach Art. 27 FranzG. vom 30. Juni 1838, der auf Grund des Vorbehalts im Art. 103 EGBGB. für Elsaß-Lothringen noch Geltung hat (modifiziert nur durch die §§ 10, 39 AGUWG.), sind die Kosten für den Unterhalt, den Aufenthalt und die Behandlung der in öffentlichen Irrenanstalten untergebrachten Personen zwar vom Bezirk (jetzt Landarmenverband) auszulegen, aber endgültig von den untergebrachten Personen selbst und bei deren Unvermögen von denjenigen zu tragen, welche nach Artt. 205 ff. C. c. zu ihrem Unterhalte verpflichtet sind. Streitigkeiten über die Kostentragung sind vor den ordentlichen Gerichten auszutragen.

Art. 105. 1. RheinZ. **6** 273 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck —. Für die Verantwortlichkeit des Eisenbahnunternehmers bezüglich Sachschadens, soweit dieser durch Bahnangestellte entstanden ist, ist Art. 22 EisenbahnpolizeiG. vom 15. Juli 1845, das auf Grund des Art. 105 EGBGB. auch unter der Herrschaft des BGB. weitere Geltung beansprucht, maßgebend. Danach genügt zur Begründung der Haftung, ist andererseits aber auch erforderlich, daß das Handeln des Bahnangestellten objektiv rechtswidrig ist und außerhalb des Rahmens der Verkehrssorgfalt liegt.

2. RheinZ. **6** 273 f. (Colmar) — mitgeteilt von Nürck —. § 22 G. vom 15. Juli 1845 gilt nach Art. 4 G. vom 12. Juli 1865 auch für Lokalbahnen.

3. **RG.** JW. **15** 39 Nr. 24. Ein Unterschied zwischen § 14 PrEnteignG. vom 11. Juni 1874 und § 14 PrEisenbahnG. vom 3. November 1838 besteht insofern, als der § 14 EnteignG. die Verpflichtung des Unternehmers zur Unterhaltung durch den Satz einschränkt „insoweit dieselbe über den Umfang der bestehenden Verpflichtungen zur Unterhaltung vorhandener, demselben Zwecke dienender Anlagen hinausgeht", und als dieser § 14 nur im Rahmen des Enteignungsverfahrens zur Anwendung kommt, wogegen nach dem § 14 EisenbahnG. die Regierung während der ganzen Dauer des Unternehmens in der Lage ist, dem Unternehmer betreffende Auflagen zu machen.

4. RheinZ. **6** 407 u. 408 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach — auch ElsLothJZ. **14** 305 über die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange aus § 40 a AGBGB. Schadensersatz zu leisten ist.

5. RheinZ. **6** 278 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck —. Die Schadensersatzansprüche wegen öffentlicher Arbeiten tragen unter der Herrschaft des französischen Rechtes nicht den Charakter von Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen und verjähren mithin erst in der Normalfrist von 30 Jahren.

Art. 109. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 502. Mag das Anliegerrecht als ein servitutisches oder servitutähnliches, das durch einen stillschweigenden Vertrag begründet ist, zu beurteilen sein oder mag man den Anspruch der Anlieger darauf, daß ihnen der Zugang zur Straße nicht dauernd wesentlich erschwert werden darf, aus dem Gesetz unmittelbar herleiten, wie dies in der Literatur befürwortet ist

(**RG. 70** 77), immer bleibt bestehen, daß das Grundstück, für dessen Schädigung aus dem Anliegerrecht Ersatz gefordert wird, an einer Straße anliegen muß, die zur Zeit ihrer Veränderung schon zur Bebauung bestimmt war. Die aus dem Anliegerrecht in Anspruch zu nehmende Gemeinde muß vor der schädigenden Veränderung der Straße ihren Willen, die Straße solle zum Anbau benutzt werden, allgemein zu erkennen gegeben haben.

2. RheinZ. **6** 277 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck — versagt den Entschädigungsanspruch wegen Veränderung der Straße, falls der Anlieger sein Gebäude vor der Errichtung oder der Fertigstellung der Straße erbaut hatte. Abgesehen davon muß, damit ein Anspruch erwachse, durch die Veränderung der Straße die Möglichkeit, die Straße in der bisherigen Weise zum Verkehre zu benutzen, ganz entzogen oder doch wesentlich erschwert worden sein; eine bloße Beeinträchtigung der Schönheit des Hauses gibt ebensowenig einen Anspruch wie die Entziehung tatsächlicher Vorteile, die die Straße dem Anlieger zufällig und über das Verkehrsbedürfnis hinaus bot, oder eine bloß unwesentliche Änderung des Straßenkörpers.

3. **RG.** HansGZ. **14** Beibl. 101. Der durch Legung von Baulinien seitens hamburgischer Landgemeinden Betroffene hat Anspruch auf Entschädigung, wenn ein seit Jahren bestehender baulicher Zustand dadurch verändert wird. Der Anspruch ist nach den Grundsätzen über die Verletzung eines „Frontrechts" und unter analoger Anwendung der bei Enteignungen geltenden Rechtslage zu behandeln.

4. RheinZ. **6** 277 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck —. Die Anwendung des § 40 a AGBGB. auf Fälle, in denen auch die Sondervorschrift des Art. 22 EisenbahnpolizeiG. vom 15. Juli 1845 in Betracht käme, ist zulässig, aber aus folgenden für die Auslegung dieser gesetzlichen Bestimmungen bedeutsamen Gesichtspunkten eingeschränkt: die Gesetzesvorschrift ist auf Grund des Art. 109 EGBGB. erlassen und dazu bestimmt, die Rechtsgrundsätze der französischen Praxis über die Schadensersatzpflicht als Folge öffentlicher Arbeiten insoweit gesetzlich festzulegen, als dies gegenüber dem BGB. noch zulässig und notwendig erschien. Der Grundgedanke war, den einzelnen, in dessen Vermögensrechte von Staats wegen zum Nutzen der Gesamtheit in einer Weise eingegriffen wird, die er nach privatrechtlichen Grundsätzen nicht zu dulden verpflichtet wäre, aber aus öffentlich-rechtlichen Grundsätzen dulden muß, nach Billigkeit zu entschädigen. Darüber hinaus aber sollten die dem öffentlichen Nutzen dienenden Unternehmungen nicht schlechter gestellt werden, als solche, die dem Eigennutzen Privater dienen. (S. auch Art. 105.)

Art. 112. S. Art. 109.

Art. 113. I. Literatur. 1. Schwabacher, Zur Natur der selbständigen Gerechtigkeiten. Eine Studie auf Grund württembergischer Verhältnisse (Stuttgart 1913). Die Schrift behandelt zunächst in einem allgemeinen Teile die geschichtliche und dogmatische Entwicklung der selbständigen Gerechtigkeiten und erörtert sodann im besonderen Teile die einzelnen in Württemberg noch vorkommenden Arten.

2. Breme, Privatrechtliche Verhältnisse an Interessentenwegen, DNotV. **14** 561—581. Der Verf. erörtert die Rechts-, insbesondere Eigentumsverhältnisse an den sog. „echten" Interessentenwegen, die aus Gemeinheitsteilungen und Verkoppelungen herrühren oder alte Realgemeinde- oder Markenwege sind, und den davon wesentlich verschiedenen sog. „unechten" Interessentenwegen, die ihre Bezeichnung nur daher haben, daß einerseits nicht ein einzelner, sondern eine Mehrheit von Personen, andererseits nicht jedermann, sondern nur jeder Interessent zur Benutzung des gemeinschaftlichen Weges befugt ist.

3. Kormann, Grundzüge des sächsischen Wegerechts, FischersZ. **43** 1—111. Der Verf. behandelt — nach Erörterung der Rechtsquellen und der über die Frage

bestehenden Literatur — die Grundlagen des Wegerechts, die Entstehung des öffentlichen Weges, Verwaltung und Benutzung des öffentlichen Weges, Veränderung und Aufhebung des öffentlichen Weges und den Rechtsschutz im Wegerechte.

II. Rechtsprechung. 1. R. **14** Nr. 431 (KG.) über Wesen und Umfang des Auenrechts in der Kurmark (Brandenburg) und Schlesien.

2. R. **14** Nr. 276 (BayVGH.). Der Bestand eines öffentlichen Weges im Sinne des Verwaltungsrechts setzt, abgesehen davon, daß die zuständige öffentliche Gewalt (Staat oder Gemeindeverband) den Weg dem allgemeinen Verbrauch ausdrücklich oder stillschweigend gewidmet haben muß, voraus, daß die Grundfläche des Weges unbestritten der privatrechtlichen Verfügungsmacht jener öffentlichen Gewalt untersteht, sei es, daß die Wegfläche dem Staat oder Gemeindeverband eigentümlich gehört, sei es, daß die öffentliche Körperschaft eine entsprechende Servitut an dem fremden Wegboden besitzt. Der allgemeine Gebrauch eines Weges seit rechtsverjährender Zeit vermag nicht die öffentliche Eigenschaft des Weges zu begründen.

3. R. **14** Nr. 307 (BayVGH.). Als Gemeindewege im Sinne des Art. 38 Abs. 1 der rechtsrh. GemeindeO. vom 29. April 1869 sind diejenigen Wege anzusehen, die zur Vermittlung des öffentlichen Verkehrs von Gemeinden oder Ortschaften unter sich oder mit anderen Verkehrsstraßen, namentlich auch mit Eisenbahnen erforderlich sind.

4. ZBlFG. **14** 26 (Dresden) über die Verhältnisse bei der Zusammenlegung von Grundstücken hinsichtlich des Kohlenunterirdischen (§ 7 ZusammenlegungsG. vom 23. Juli 1861).

Art. 115. Ersitzung einer Grunddienstbarkeit nach altem Rechte: tantum praescriptum quantum possessum vgl. Dickel, Rechtsf. Heft 3, Erläut. 176 zu Nr. 71.

Art. 119. I. Literatur. 1. *Fuchs, JW. **14** 621–629. Unter den Vorbehalt des Art. 119 Ziff. 1 fallen lediglich diejenigen Beschränkungen der Veräußerung von Grundstücken, die auf der sachlichen Beschaffenheit des Grundstücks beruhen (Wälder, Moore, Wege, Friedhöfe usw.). Die Landesgesetzgebung darf nicht solche Veräußerungsbeschränkungen anordnen, die in der Person des Erwerbers ihren Grund haben und sich unmittelbar oder auch nur mittelbar (aM. **RG. 73** 20) als Erwerbsbeschränkungen darstellen. Die Landesgesetze können auch nicht auf Grund des Art. 119 Ziff. 1 gesetzliche Vorkaufsrechte einführen und noch weniger durch Einführung privatrechtlicher fiskalischer Erwerbsberechtigungen die auf Grund des Reichsrechts wohlerworbenen Rechte (Auflassungsvormerkungen, Vorkaufsrechte usw.) in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigen.

2. Schmelzle, Das bayerische Güterzertrümmerungsgesetz, BayNotZ. **51** 89. Aus der richtigen Erkenntnis der Natur des gewerbsmäßigen Güterhandels und seiner Stellung auf dem Grundstücksmarkte heraus, hat das bayerische Güterzertrümmerungsgesetz es sich zur Aufgabe gestellt, den Güterhandel möglichst einzuschränken, ohne den notwendigen Besitzwechsel zu unterbinden. Dieses Ziel sucht es nicht auf dem Wege zu erreichen, den die frühere Gesetzgebung eingeschlagen hat. Dieser mußte der Erfolg versagt bleiben, weil sie übersehen hat, daß der Güterhandel auf dem landwirtschaftlichen Gütermarkte notwendig war zur Erfüllung einer volkswirtschaftlich notwendigen Funktion und daß daher Verbote und polizeiliche Erschwerungen allein auf die Dauer nicht genügen konnten. Das neue Gesetz vermeidet diesen Fehler, indem es den privaten Güterhandel durch gemeinnützige Organisationen, die die Vorteile des Güterhandels ohne dessen Nachteile bieten, zu ersetzen sucht. Die Erschwerungen, die es dem privaten Güterhandel auferlegt, bilden Erleichterungen zugunsten dieser Einrichtungen.

3. Stechele, Die Wirkungen des bayerischen Güterzertrümmerungsgesetzes vom 13. August 1910, HirthsAnn. **14** 235–240. Eine der wichtigsten Bestimmungen

des Gesetzes, das Vorkaufsrecht, wird auf allerlei Wegen durch die gewerbsmäßigen Zertrümmerer umgangen. Die Ausdehnung des Gesetzes auf die Anwesen unter 5 ha wird vielfach dankbar empfunden.

4. Dazu auch Gechter, BayRpflZ. **14** 248—250.

II. Rechtsprechung. HansGZ. **14** Beibl. 135 (Hamburg). Es ist keine die Veräußerung eines Grundstücks beschränkende Vorschrift, wenn dem hamburgischen Grundbuchrichter auferlegt wird, daß er erst nach Beibringung der Immobilienabgabequittung umschreibe.

Art. 124. I. Literatur. 1. Fribolin, Die Grenz- und Giebelmauern nach badischem Landrechte, Reichsrecht und Übergangsrechte, BadNotZ. **14** 35—44 (38). Für alle nach Inkrafttreten des Reichsrechts errichteten Scheideanlagen kommen für Baden, da hier im Gegensatze zu Elsaß-Lothringen das alte Recht, insbesondere Art. 661 LRS. auf Grund des Art. 124 EGBGB. nicht aufrecht erhalten worden ist, nur noch die Bestimmungen des neuen Rechtes zur Anwendung.

2. Kahn, Fensterrecht (Aussichtsrecht, Lichtrecht) nach den wichtigsten geltenden Partikularrechten Deutschlands (München 1913).

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 398. Das im § 141 I. 8 ALR. vorgesehene Fensterrecht ist keine Grundgerechtigkeit, sondern beruht auf einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung.

2. R. **14** Nr. 398 (Posen). Die Nachbargrundstücke brauchen nicht 10 Jahre lang verschiedenen Eigentümern zu gehören (§ 142 I. 8 ALR.).

3. R. **14** Nr. 240 (BayObLG.). Allerdings wäre die Landesgesetzgebung befugt gewesen, bauliche Übergriffe in weiterem Umfange zu gestatten als das BGB. Von dieser Befugnis wurde aber in Bayern kein Gebrauch gemacht (Becher, Mat. zum AG. I 82). Die Münchener Bauordnung regelt nur das polizeiliche Verfahren, trifft keine bürgerlich-rechtliche Bestimmung und ist auch kein Landesgesetz im Sinne des Art. 124 EG. Ein Ausschluß zivilrechtlicher Einsprüche kann auf Grund der Artt. 85, 87 BauO. nicht erfolgen.

4. SchlHolstAnz **14** 193 (Kiel). Ein Fensterrecht kann nach Sachsenrecht nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein.

5. FrankfRundsch. **48** 82 (LG. Frankf. a. M.). Wer an einer Brandmauer in Frankfurt a. M. oder Sachsenhausen anbaut, hat nicht die Hälfte der bei dem Anbaue freigebliebenen Fläche der Brandmauer zu erstatten. BrandmauerG. vom 1. April 1851 (Frankfurter Rechtsquellen 34 ff. u. 304 ff.), Baustatut vom 11. Juni 1809.

6. RheinZ. **6** 397 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach — auch ElsLothJZ. **14** 26 — über Fensterrecht (§ 66 ElsLothAGBGB., der lediglich die Vorschriften der Artt. 676, 677 C. c. wiederholt).

7. RheinZ. **6** 285 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck —. Wird eine gemeinschaftliche Mauer erhöht, so steht dem Nachbarn das Recht auf Mitbenutzung der Erhöhung nur unter der Voraussetzung der im Art. 653 C. c. bestimmten Zahlung zu. Diese Rechtslage hat sich mit dem Inkrafttreten des BGB. nur insofern geändert, als von da ab für den Inhalt des Benutzungsrechts der § 922 BGB. in Verbindung mit § 71 AGBGB. maßgebend ist.

Art. 132. SchlHolstAnz. **14** 129 (Kiel). Eigentumsverhältnisse an den früheren Küsterländereien, insbesondere in Schleswig. Rechtliche Bedeutung einer Vermagschiftung.

Art. 134. 1. RJA. **13** 66, ZBlFG. **15** 78 (Hamburg). Die wiederverheiratete eheliche Mutter, der die Sorge für die Person ihrer Kinder erster Ehe zusteht, hat das Recht, die religiöse Erziehung der Kinder zu bestimmen, sofern das Landesrecht keine anderweitige Regelung trifft. Das Hamburger Recht gibt keine anderweite Regelung.

2. HansGZ. **14** Beibl. 233 (Hamburg). Das preußische Recht enthält hinsichtlich der religiösen Kindererziehung keine einheitlichen Vorschriften.

3. HansGZ. **14** Beibl. 233 (Hamburg). Die hamburgische Verfassung gewährleistet im Art. 5 „volle Glaubens- und Gewissensfreiheit" und läßt deshalb einen Bekenntniszwang, wie er im § 642 II. 2 ALR. für uneheliche Kinder vorgeschrieben ist, nicht zu.

4. FrankfRundsch. **48** 69 (Frankfurt) über die religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen im Gebiete des Nassauischen Rechtes (Nassauisches Edikt vom 22./26. März 1808; Erl. des Staatsmin. vom 7. Dezember 1848). Der übereinstimmende Wille der Eltern bestimmt die Religion des Kindes; wenn ein solcher nicht ermittelt werden kann, ist die Religion des Vaters maßgebend. Nicht die Taufe allein entscheidet über das Bekenntnis, bei Prüfung der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Bekenntnisse sind andere Umstände zu berücksichtigen, insbesondere kommt es darauf an, welche religiöse Erziehung dem Kinde nach dem Willen der Berechtigten gegeben worden ist. Vgl. oben zu §§ 20, 21.

Art. 136. *Frese, ZBlFG. **14** 741 ff., behandelt eingehend die Berufsvormundschaft. A. Die Berufsvormundschaft kraft Gesetzes (Art. 136 Nr. 1, 2, 4). I. Für welche Fälle ist eine solche reichsrechtlich zugelassen und zurzeit in den einzelnen Bundesstaaten eingeführt? II. Auf welchem Wege und für welches Gebiet kann sie eingeführt werden? III. Ist reichsrechtlich neben der Berufsvormundschaft kraft Gesetzes auch eine Berufspflegschaft zugelassen? IV. Mit welchen Rechten und Pflichten kann landesrechtlich das Amt eines Berufsvormundes kraft Gesetzes ausgestattet werden? V. Welches sind die allgemeinen Voraussetzungen der Berufsvormundschaft oder -pflegschaft kraft Gesetzes? VI. An welche besonderen Voraussetzungen ist die Berufsvormundschaft oder -pflegschaft kraft Gesetzes gebunden? VII. Wer kann Berufsvormund oder -pfleger kraft Gesetzes sein? VIII. Mit welchem Zeitpunkte tritt die Berufsvormundschaft oder -pflegschaft kraft Gesetzes ein? IX. Wie verhält sich die kraft Gesetzes eintretende Berufsvormundschaft oder -pflegschaft zu einer bereits bestehenden Vormundschaft oder Pflegschaft? X. In welchen Beziehungen nimmt der Berufsvormund oder -pfleger kraft Gesetzes eine besondere Stellung ein? XI. Aus welchen Gründen und mit welchem Zeitpunkt endigt die kraft Gesetzes eingetretene Berufsvormundschaft oder -pflegschaft? B. Die Berufsvormundschaft kraft Bestellung. a) Die bevorrechtete Berufsvormundschaft kraft Bestellung (Art. 136 Nr. 3, 4). b) Die einfache Berufsvormundschaft kraft Bestellung (Sammelvormundschaft. C. Beurteilung der einzelnen Arten der Berufsvormundschaft im Vergleiche miteinander und mit der Einzelvormundschaft. Bei Regelung der Berufsvormundschaft gelte es, sich den örtlichen Bedürfnissen anzupassen. Am meisten werde es sich empfehlen, die einfache Berufsvormundschaft kraft Bestellung einzuführen, ohne Zeitbeschränkung, aber immer nur zur Ergänzung der Einzelvormundschaft, und daneben nach dem Muster von Frankfurt a. M. und von dem Charitasverbande die Einzelvormundschaft möglichst auszubilden und zu organisieren.

Art. 140. BadNotZ. **14** 49 (BadJM.). § 46 BadRechtspolizeiG. geht, wie § 1960 BGB., von dem Bestehen eines gewissen Fürsorgebedürfnisses für die darin genannten Beteiligten (Geschäftsunfähige, in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte oder Abwesende) aus. Von dem Gesichtspunkte des Fürsorgebedürfnisses ist deshalb auch die Frage zu prüfen, ob eine Abwesenheit im Sinne des § 46 vorliegt. Hiernach haben als abwesend nur Beteiligte zu gelten, die an derzeit unbekannten Orten sich aufhalten oder von der betreffenden Gemeinde so weit entfernt wohnen, daß ihnen die Wahrung ihrer eigenen Interessen nicht möglich ist oder nach Lage der Verhältnisse nicht oder nicht gut zugemutet werden

kann. Dagegen können Beteiligte, die zwar an entfernten Orten sich aufhalten, aber dem Nachlaßgerichte gegenüber erklären, daß sie ihr Interesse selbst wahrnehmen, nicht als Abwesende im Sinne des § 46 RechtspolizeiG. angesehen werden.

Art. 143. BayObLG. **13** 298, RheinZ. **6** 252 — mitgeteilt von Silberschmidt —. Für die Auflassungserklärung des Ansteigerers, der sich vor Abschluß des Protokolls entfernt hat, genügt an Stelle der Unterschrift die Angabe des Grundes, aus dem sie unterblieben ist. Zur Begründung wird auf § 38 PrG. über das Teilungsverfahren im Geltungsgebiete des rheinischen Rechtes vom 22. Mai 1887 und § 5 a Nov. zum PrG. über das Grundbuchwesen im Geltungsgebiete des rheinischen Rechtes Bezug genommen, die für § 181 Satz 2 FGG. und § 143 Abs. 2 EGBGB. Muster gewesen seien und Erleichterungen für die großen Versteigerungen in Gebieten mit zersplittertem Grundbesitze bringen sollten.

Vierter Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Art. 170. 1. R. **14** Nr. 1123 (BayObLG.). Die bisherigen Gesetze bleiben auch für die Bestimmung maßgebend, welches örtliche Recht anzuwenden ist; dafür hat das Gericht zunächst sein eigenes Recht zu unterstellen.

2. BraunschwZ. **14** 22 (Braunschweig). Der der Klage zugrunde liegende Altenteilsvertrag ist vor 1900 geschlossen. Es findet daher auf das daraus sich ergebende Schuldverhältnis das frühere Recht Anwendung. In dem danach maßgebenden gemeinen Rechte galt aber allgemein der Grundsatz, daß gegenüber Unterhaltsforderungen Aufrechnung nicht zulässig sei. Infolgedessen ist nach demselben Rechte jedenfalls auch in denjenigen Fällen, in denen die Altenteilsforderung tatsächlich zum Lebensunterhalte des Berechtigten bestimmt ist, die Aufrechnung ausgeschlossen.

Art. 173. I. Literatur. 1. Liebreich, Rechtsnatur und Ablösung der neurechtlichen Münchener Gemeinschaftsmauer, BayRpflZ. **14** 236—242. Die schon vor Einführung des BGB. errichteten und abgelösten Kommunmauern (altrechtliche Gemeinschaftsmauern) haben noch unter dem alten Rechte ihre endgültige Rechtsgestalt als im gewöhnlichen Miteigentume der Nachbarn stehende Mauern erhalten. Sie sind nur gemäß Artt. 173, 181 EGBGB. durch dessen Einführung insoweit berührt worden, als an Stelle des Miteigentums des Nachbarn getrenntes Eigentum nach dem Grenzlauf unter Benutzungsgemeinschaft der Nachbarn an der ganzen Mauer getreten ist, und damit sind diese Mauern zu Grenzeinrichtungen im Sinne der §§ 921—922 BGB. geworden.

II. Rechtsprechung. BayNotZ. **51** 264 (BayObLG.). Miteigentumsrechte, die nach früherem Rechte, insbesondere nach bayerischem Landesrecht erworben wurden, gelten ohne weiteres als Berechtigungen zu gleichen Anteilen. (S. auch Art. 113.)

Art. 181. I Literatur Fridolin, Die Grenz- und Giebelmauern nach badischem Landrechte, Reichsrecht und Übergangsrecht, BadNotZ. **14** 35—44 (41 f.). Zur Entscheidung über die Frage, welcher Einfluß den Vorschriften des neuen Rechtes auf bereits zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bzw. des Reichsgrundbuchrechts errichtete Scheideanlagen eingeräumt ist, muß davon ausgegangen werden, daß gemäß Art. 181 Abs. 1 des EGBGB. die reichsrechtlichen Normen auch auf Scheidemauern, die beim Inkrafttreten des Reichsrechts schon bestanden haben, Anwendung finden, soweit an ihnen nicht Alleineigentum eines Nachbarn, sondern das landesrechtliche mitoyenneté-Verhältnis begründet war; denn Art. 181 Abs. 1 EGBGB bestimmt ausdrücklich, daß auf das zur Zeit der Rechtsumwandlung bestehende Eigentum von dieser Zeit an die Bestimmungen des neuen Rechtes anzuwenden seien, so daß sich Inhalt und Wirkungen des Eigentums künftighin nach dem BGB. beurteilen. Die im Abs. 2 des Art. 181 EG. gemachte Einschränkung berührt nach der herrschenden Meinung die Verhältnisse der alten

Grenzeinrichten in keiner Weise. Bestand demnach vor Einführung des Reichsrechts an einer Scheideanlage das Verhältnis der mitoyenneté, so verwandelte sich dasselbe, da dem BGB. ein ähnliches Gemeinschaftsrecht fremd ist, von selbst in Sondereigentum der Anlieger derart, daß jeder von ihnen zum Eigentümer des auf seinem Grundstücke ruhenden Mauerteils wird, und an Stelle des früheren miteigentumsähnlichen Verhältnisses eine der wirklichen oder vermuteten Grenzlinie entsprechende Teilung der Scheideanlage unter die Nachbarn mit dem Rechte eines jeden auf gemeinschaftliche Benutzung derselben im Sinne der §§ 921, 922 BGB. tritt (**RG. 53** 311). Auch Art 13 BadAGBGB. schafft nicht etwa ein Miteigentum an halbscheidig errichteten Mauern, sondern bezweckt lediglich eine Ergänzung des § 921 BGB. Vgl. oben Ziff. 4 zu § 912.

II. Rechtsprechung. 1. R. **14** Nr. 306 (BayObLG.). Nach § 8 I. 21 ALR. soll allerdings das Eigentum im Zweifel nicht weiter beschränkt werden, als nach strikter Auslegung des klaren Wortlauts eingeräumt gilt. Allein dies hindert nicht, aus sonstigen Begleitumständen statt einer Beschränkung zugunsten einer bestimmten Person eine solche zugunsten eines Grundstücks anzunehmen.

2. BayObLG. **13** 196, RheinZ. **6** 245 (LG. Frankenthal) — mitgeteilt von Silberschmidt — betr. das Grundstückseigentum nach französischem Rechte. S. auch zu Art. 173.

Art. 184. I. Literatur. Graf, Die sog. öffentlich-rechtlichen Wegdienstbarkeiten in Württemberg, WürttRpflZ. **14** 140—146. Die öffentlich-rechtliche Wegservitut ist weder eine öffentlichen Zwecken dienende privatrechtliche Dienstbarkeit, noch eine der privatrechtlichen Dienstbarkeit entsprechende öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit. Die öffentlich-rechtliche Wegservitut ist vielmehr eine bloße Eigentumsbeschränkung, welche auf unvordenklicher Verjährung — ausnahmsweise auch auf Zwangsenteignung beruht. Sie verpflichtet an sich noch nicht zur Unterhaltung des Weges. Hierzu bedarf es vielmehr eines besonderen Rechtsgrundes, als welcher gleichfalls der der unvordenklichen Verjährung in Betracht kommt. Diese Unterhaltungspflicht ist aber dann keine der Reallast des BGB. entsprechende dingliche Belastung, sondern ein obligatorischer Anspruch des öffentlichen Rechtes, bei welchem nur die Schuldnereigenschaft durch das Eigentum an einem bestimmten Grundstücke bedingt ist.

II. Rechtsprechung. 1. R. **14** Nr. 496 (Breslau). Pachtrechte, die unter der Herrschaft des ALR. mit dinglicher Wirkung bestellt sind, haben diesen rechtlichen Charakter auch nach Inkrafttreten des BGB. behalten. Die Möglichkeit der Begründung einer persönlichen Dienstbarkeit unter freier Ausgestaltung ihres Inhalts in seinen Einzelheiten war im Unterschiede von dem jetzt geltenden Rechte, das der Vertragsfreiheit hierin keinen so großen Spielraum läßt, im Geltungsgebiet und zur Geltungszeit der PrALR. zweifellos gegeben (§ 135 I. 2; §§ 1, 2, 4 I. 22).

2. **RG.** JW. **14** 144 Nr. 7. Die Abdeckereigerechtigkeit war nach dem Rechtszustande zur Zeit ihrer Verleihung im Verhältnisse zum Grundstücke Pertinenz im Sinne des ALR.

3. SchlHolstAnz. **14** 209 (Kiel). Da das Wegerecht nach dem 1. Januar 1900 nur durch Eintragung ins Grundbuch entstehen konnte — das Grundbuch war angelegt —, muß die Klägerin dartun, daß ihr das Recht bereits am 1. Januar 1900 zustand. Alsdann blieb dieses Recht gemäß Art. 184 EGBGB. mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt bestehen. Die außerordentliche Servitutenersitzung erfordert eine mindestens vierzigjährige Ausübung der Dienstbarkeit mit dem Willen der Rechtsausübung und in gutem Glauben, auch darf die Rechtsausübung keine fehlerhafte gewesen sein, d. h. sie darf weder heimlich noch gewaltsam, noch bloß vergünstigungsweise erfolgt sein.

4. RheinZ. **6** 246 (Zweibrücken) u. 247 (Frankenthal) — mitgeteilt von Silberschmidt — betreffen die Grunddienstbarkeit nach französischem Rechte.

Art. 187. I. Literatur. Breme, Bedeutung des Wegezugs beim Wegerecht und seine Verlegung, DNotV. **14** 65—86. Bei Bestellung eines Wegerechts über ein Grundstück oder bei der auf Grund des Art. 187 EGBGB. erfolgenden Eintragung eines früher bestellten oder ersessenen Wegerechts in das Grundbuch wird die Grunddienstbarkeit regelmäßig auf der ganzen im Grundbuch unter besonderer Nummer eingetragenen Katasterparzelle eingetragen. Tatsächlich wird aber nur der im Verhältnisse zur Gesamtgröße vielleicht geringfügige Teil in Mitleidenschaft gezogen, über den der Wegezug führt; für die Ausübung des Wegerechts auf diesem Teile ist es zunächst gleichgültig, ob das belastete Grundstück noch weitere Ausdehnung hat. Es fragt sich zunächst, ob nur dieser Teil, der Wegezug, von dem Rechte belastet ist, oder ob das ganze Grundstück haftet. Beide Fälle sind möglich, es handelt sich um eine von dem Willen der Parteien abhängige Tatfrage des Rechtsinhalts. Soll nur der Wegezug dem Rechte dienen, so wird das am klarsten dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß durch katastermäßige Fortschreibung und deren Übernahme in das Grundbuch der Wegezug als besonderes selbständiges Grundstück im Grundbuche vermerkt wird. Aber dieser Weg ist nicht erforderlich; denn der § 6 GBO. macht in seinem zweiten Satze zugunsten der Dienstbarkeiten eine Ausnahme, wenn hiervon Verwirrung (mit Rücksicht auf die Belastung des Grundstücks) nicht zu besorgen ist. Begrifflich verschieden hiervon ist aber der zulässige Fall, daß das ganze Grundstück dem Wegerechte dient, die Ausübung aber schlechthin oder doch zunächst auf einen Teil des Grundstücks beschränkt ist.

II. Rechtsprechung. **RG.** HansGZ. **14** Beibl. 159. Erwerb einer öffentlichen Wegeservitut auf privatem Grunde durch unvordenkliche Ersitzung. Nach gemeinem Rechte, insbesondere nach der l. 3. D. 43, 7 wird ein Weg zum öffentlichen, wenn er seit unvordenklicher Zeit, seit Menschengedenken als öffentlicher benutzt worden ist, derart, daß die Kunde eines anderen Zustandes der Erinnerung entschwunden ist. S. auch Art 184.

Art. 189. I. Literatur. Hartmann, Unvordenkliche Verjährung, DJZ. **14** 145—148. Nach Art. 189 EGBGB. können vom Zeitpunkte der Grundbuchanlegung an dingliche Rechte an Grundstücken durch unvordenkliche Verjährung nicht mehr entstehen; eine in diesem Zeitpunkte noch nicht vollendete Verjährung kann nicht mehr vollendet werden. Diese Beschränkung gilt selbstverständlich für diejenigen Rechtsgebiete nicht, in denen durch die Verjährung das öffentliche Recht unmittelbar selbst erworben wird, wo also die Verjährung auch ein öffentlich-rechtlicher Titel ist. Ebenso wie öffentliche Wegeservituten können im Gebiete des gemeinen Rechtes auch alle sonstigen Grunddienstbarkeiten durch unvordenkliche Verjährung entstehen. Überhaupt ist nächst dem Wegerecht das öffentliche Wasserrecht das Hauptanwendungsgebiet unseres Rechtsinstituts. Da, wo öffentliche Rechte durch unvordenkliche Verjährung entstehen können, können sie natürlich auf dieselbe Weise wieder aufgehoben werden.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** RheinA. **111** 52. Der Eigentumserwerb des Bauens auf fremdem Grund und Boden setzt nach §§ 327 ff. I. 9 ALR. wirkliche Gebäude voraus.

2. **RG.** RheinA. **111** 52. Auch eine unter dem früheren preußischen Rechte erfolgte Eintragung im Grundbuche hat die Vermutung des § 891 BGB. für sich.

3. **RG.** RheinA. **111** 52. Beruft sich ein eingetragener Eigentümer außer auf die Eintragung auch noch auf Ersitzung, so muß infolge der Vermutung des § 891 BGB. der Gegner auch diesen Rechtsgrund widerlegen.

4. BayNotZ. **51** 262 (BayObLG.). Unzulässigkeit einer Eintragung auf dem Anteil eines Ehegatten, der in Gütergemeinschaft lebt, auch wenn die Eintragung schon vor Inkrafttreten des Grundbuchrechts erfolgt ist.

5. BayObLG. **15** 70. Eine in das Hypothekenbuch eines pfälzischen Hypotheken-

amts eingeschriebene Hypothek galt von dem Zeitpunkt an, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen war, solange sie nicht auf Grund des Art. 2154 C. c. erloschen war, kraft Gesetzes ohne Eintragung im Anlegungsverfahren als Sicherungshypothek im Sinne des § 1184 BGB.; diese Sicherungshypothek war, soweit nicht die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ein anderes mit sich brachten, als dingliches Recht auch ohne Eintragung in das Grundbuch gegen jedermann wirksam; die Wirkung erlosch, wenn nicht inzwischen die Eintragung in das Grundbuch erfolgte, mit dem ungenutzten Ablaufe der Frist des Art. 2154 C. c.

6. ZBlFG. **14** 25 (BayObLG.). erörtert die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein altrechtliches — nach Art. 168 EGBGB. gültig gebliebenes — Recht an einem Grundstück im Grundbuche gelöscht werden darf.

7. RheinZ. **6** 434 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach —. Auf den Rechtstitel der Ersitzung kann das Eigentum an einem Grundstücke nur bei Führung des Nachweises gestützt werden, daß die Ersitzung nach den maßgebenden Bestimmungen des Code civil im Augenblicke der Eintragung der Grundstücke in das Eigentumsbuch schon vollendet war. Dazu gehört nach Artt. 2228 ff., 2262 C. c. der Nachweis eines fortwährenden und ununterbrochenen, ruhigen, öffentlichen und unzweideutigen Eigenbesitzes, der in Ermangelung eines Erwerbstitels 30 Jahre gedauert haben muß.

8. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 697. Dem Eigentumsbuche nach elsaß-lothringischem Übergangsrechte kommt grundsätzlich öffentlicher Glaube nicht zu. S. auch Art. 74.

Art. 191. 1. RheinZ. **6** 435 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach —. Auf den Besitzschutz für Grunddienstbarkeiten finden im Zwischenrechte nach § 86 Abs. 2 AGBGB. die Bestimmungen des BGB. mit der Maßgabe Anwendung, daß Besitzschutz nur gewährt wird, wenn die Servitut in jedem der drei letzten Jahre vor der Störung mindestens einmal ausgeübt worden ist.

2. RheinZ. **6** 434 (Colmar) — mitgeteilt von Diefenbach —. Nach dem französischen Rechte, welches für die Frage maßgebend ist, ob durch die Vereinbarung gegenseitige Grunddienstbarkeiten der einzelnen Miteigentümer begründet werden konnten und begründet wurden, ist diese Frage zu bejahen; diese Grunddienstbarkeiten bedurften zur Wahrung ihrer Wirkung Dritten gegenüber weder der Transskription noch der Eintragung im Grundbuche.

Art. 192. Birnbach, Theoretisches und Praktisches über die Umschreibung unübersichtlicher Grundbücher in Preußen, ZBlFG. **14** 637—651 (646). Da nach Art. 192 EGBGB. Hypotheken mit dem Zeitpunkt, in dem das Grundbuch für die betreffende Gegend als angelegt anzusehen ist, nach neuem Rechte zu beurteilen sind und namentlich auch die Grenzen ihrer Haftung sich nach neuem Rechte bestimmen, müßte man von dem Standpunkt aus, daß die Zubehöreigenschaft selbst die Veränderung der Haftgrenze bewirke, zu dem Schlusse kommen, daß nunmehr die früheren, unbeweglichen Zubehörstücke mit dem Erlöschen der Zubehörqualität von der Haftung frei geworden seien, ein Ergebnis, welches gleichermaßen dem Sinne des preußischen, wie des Reichsrechts zuwiderläuft. Der Art. 192 des EG. greift nur da ein, wo tatsächlich die Zubehöreigenschaft den Grund der Mitverhaftung bildet, nämlich bei beweglichen Sachen.

Art. 200. 1. BraunschwZ. **14** 21 (Braunschweig). § 75 AGBGB. bestimmt nur, daß auf solche Ehen bei Unterlassung der rechtzeitigen Eintragung die Vorschriften des § 1435 BGB. entsprechende Anwendung finden, soweit vom 1. Januar 1901 an Rechtsgeschäfte vorgenommen oder Streitsachen anhängig werden. Die Unterlassung der Eintragung hat also nur zur Folge, daß die Ehegatten in solchen Fällen aus ihrem vom gesetzlichen Güterstande abweichenden Güterrecht einem Dritten gegenüber, der die Abweichung nicht gekannt hat, keine Einwendungen gegen

ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil herleiten können.

2. PosMSchr. **14** 13, DNotV. **14** 764 (KG.) erörtert die Frage, welcher Güterstand für die vor 1900 geschlossene Ehe eines westpreußischen Adligen gilt.

3. PosMSchr. **13** 136 (LG. Oppeln). Übergangsvorschriften des ehelichen Güterrechts. Nach § 17 PublPatProvR. f. Westpreußen vom 19. Apri 1844 (GS. 103) findet die allgemeine Gütergemeinschaft unter allen Eheleuten statt, mit Ausnahme des Falles, wenn der Ehemann zur Zeit der Trauung adligen Standes ist. Diese Bestimmung ist aufrechterhalten durch Art. 2 G. vom 5. Februar 1869 (GS. 329). Der gesetzliche Güterstand des ALR. war hiernach in der Provinz Westpreußen für die Ehe der Adligen maßgebend. Nach § 261 II. 1 ALR. erlosch aber durch den Konkurs des Ehemanns sein Nutznießungs- und Verwaltungsrecht an dem Vermögen der Frau (vgl. auch Dernburg, PrPrivR. [4] III 106 § 31 Nr. 2). An die Stelle dieser Vorschrift des ALR. treten nach Art. 45 AGBGB. die entsprechenden Vorschriften des BGB.

4. SchlHolstAnz. **14** 134 (KG.) — gegen SchlHolstAnz. **07** 209, **08** 41 u. **09** 1, 193 —. Die dem überlebenden Ehegatten nach Sachsenrecht zustehende statutarische Portion ist kein bloßes Forderungsrecht, sondern ein erbrechtlicher Anspruch.

5. SchlHolstAnz. **14** 44 (Kiel). Zulässigkeit der Eintragung des Rechtsverhältnisses der fortgesetzten Gütergemeinschaft (nach Jütschem Low) im Grundbuche.

6. BraunschwZ. **14** 24 (Braunschweig). Die klagenden Eheleute haben unbestritten vor 1900 die Ehe in Magdeburg geschlossen und dort ihren ersten, ehelichen Wohnsitz genommen. In Magdeburg galt bis 1900 das Recht der Gütertrennung nach dem PrALR. Am 1. Januar 1900 haben die Kläger noch im braunschweigschen Gebiete gewohnt. Deshalb sind ihre ehelichen Rechtsverhältnisse von den PrAG. BGB. nicht ergriffen und nicht in das neue Recht übergeleitet. Aber auch das BraunschwAG. ist auf das eheliche Güterrecht der Kläger nicht anwendbar, weil es seinem Zwecke nach nur die Ehe des gemeinen Dotalrechts regeln wollte. Die Ehe der Kläger untersteht demnach noch jetzt dem Rechte der Gütertrennung des preußischen Landrechts, da sie überhaupt nicht übergeleitet ist. Der Wohnsitzwechsel nach 1900 hat hieran nichts geändert.

7. FrankfRundsch. **48** 159 (LG. Frankfurt a. M.). Der Verwalter des über den Nachlaß eines nach Frankfurter Statutarrecht beerbten Ehemanns eröffneten Konkurses ist in dem Zwangsverwaltungsverfahren über ein Grundstück, an dem die Witwe den Beisitz hat, nicht legitimiert, Rechtsmittel einzulegen.

8. BayRpflZ. **14** 73 (BayObLG.). Der übergeleitete Güterstand des BayLR. ist in Artt. 83, 84 ÜbG. geregelt. Art. 83 bestimmt, daß, wenn zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. die Errungenschaftsgemeinschaft nach dem BayLR. besteht, an ihre Stelle der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung nach den Vorschriften des BGB. tritt, daß aber, wenn die Verwaltung und Nutznießung des Mannes auf andere Weise als durch Ehevertrag endigt, jeder Ehegatte von dem anderen die Ausgleichung des Ehegewinns nach den bisherigen Vorschriften verlangen kann, wie wenn keine Änderung des Güterstandes eingetreten wäre, daß der Anspruch nicht übertragbar ist und in einem Jahre verjährt.

9. RheinZ. **6** 286 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck —. Die Vereinbarung eines vertragsmäßigen Vorempfanges im Ehevertrage (Artt. 1497, 1515 C. c.) bleibt vom neuen Rechte unberührt. Sie ist weder als Schenkung noch als einseitige Teilungsanordnung im Sinne des § 2306 BGB., noch als Vermächtnis oder Auflage aufzufassen, sondern als Teil der das Güterrecht regelnden Eheberedung gemäß § 159 AGBGB. (Art. 200 EGBGB.) von dem Einflusse des neuen Rechtes unberührt geblieben. S. auch Art. 64.

Art. 203. 1. FrankfRundsch. **48** 164 (LG. Neuwied). Das Recht, das die nassauischen Gesetze dem überlebenden Ehegatten geben, ist das der Leibzucht, d. h. des Beisitzes und der Nutzung des gesamten Vermögens beider Ehegatten. Es umfaßt danach auch die Verwaltung und den Nießbrauch des von den Leibeserben des verstorbenen Ehegatten ererbten Vermögens. Das Leibzuchtrecht ist eine erbrechtliche Wirkung des ehelichen Güterstandes. Deshalb findet die Bestimmung des Art. 203 EGBGB., wonach das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem vor dem Inkrafttreten des BGB. geborenen ehelichen Kinde sich nach dem 1. Januar 1900 nach den neuen Vorschriften regelt, keine Anwendung. Denn diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf das durch die elterliche Gewalt bedingte Recht am Kindesvermögen, nicht auf das auf erbrechtlichen Wirkungen beruhende Recht.

2. FrankfRundsch. **48** 167 (LG. Neuwied). Nach nassauischem Leibzuchtrechte kann der Leibzüchter die Zwangsversteigerung eines Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft beantragen, wenn nur die eine ideelle Hälfte des Grundstücks in der Ehe errungen, die andere Hälfte aber sein Sondergut ist. S. auch Art. 200.

Art. 208. 1. SächsOLG. **35** 211. Vor dem 1. Januar 1900 geborene Brautkinder im Sinne des SächsErbmandats vom 17. Juni 1819 erben nicht infolge besonderer erbrechtlicher Verhältnisse und Bestimmungen, sondern kraft ihrer ihnen auch nach dem 31. Dezember 1899 zukommenden Stellung als ehelicher Kinder.

2. HansGZ. **14** Beibl. 254 (LG. Hamburg). In Hamburg galt hinsichtlich der Alimentationsansprüche unehelicher Kinder im wesentlichen Gemeines Recht. Danach ist die Alimentationspflicht des außerehelichen Vaters an sich zeitlich nicht begrenzt. Die Praxis hat aber als Grenze das vollendete 14. Lebensjahr herausgebildet, weil mit dem beginnenden 15. Lebensjahre der eigene Verdienst möglich zu werden pflegt. Bis dahin wird die Erwerbsunfähigkeit des Kindes, von da ab das Gegenteil präsumiert.

Art. 209. I. Einkindschaft. 1. HansGZ. **14** Beibl. 76 (Hamburg). Bei der früheren hamburgischen Einkindschaft handelte es sich lediglich um einen Erbvertrag, der beiderseitige Erbrechte begründete. Eine Stiefmutter, die die erstehelichen Kinder nach früherem hamburgischen Rechte eingekindschaftet hat, ist daher nicht berechtigt, von ihren Stiefkindern wie eine leibliche Mutter alimentiert zu werden.

2. **RG.** JW. **15** 95, LeipzZ. **15** 37. Wenn auch das BGB. die Einkindschaft nicht kennt, so besteht doch kein Zweifel darüber, daß — abgesehen vielleicht von der durch die Einkindschaft begründeten Unterhaltspflicht — die vermögensrechtlichen Wirkungen des Einkindschaftsvertrags und insbesondere seine erbrechtlichen Wirkungen, die auch unter der Herrschaft des BGB. durch einen Erbvertrag erzielt werden könnten, durch das Inkrafttreten des BGB. nicht berührt worden sind.

II. Legitimation unehelicher Kinder durch den Hamburger Senat. 1. HansGZ. **14** Beibl. 65 (Hamburg). Die Befugnis des Hamburger Senats zur Legitimation unehelicher Kinder durch Ehelichkeitserklärung (legitimatio per rescriptum senatus) beruht auf dem Art. 65 VormO. vom 14. Dezember 1883 und hat dieselbe Wirkung wie die legitimatio per subsequens matrimonium nach Gemeinem Rechte. Das vor 1900 in Hamburg in Geltung gewesene Recht (vgl. Art. 1 III 3 des Statuts vom 10. Oktober 1603) hat den für ehelich erklärten Abkömmlingen von Kindern die Teilnahme an der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht versagt. In der Erbeinsetzung der „eheleiblichen" Kinder kann nach dem Sprachgebrauche, der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bei der Abfassung feierlicher Urkunden, insbesondere von Ehezärtern und Testamenten gebräuchlich gewesen ist, die Ausschließung der durch Reskript legitimierten Abkömmlinge von der Erbfolge nicht gefunden werden.

2. Bestätigt vom **RG.** JW. **14** 418, HansGZ. **14** Beibl. 305, R. **14** Nr. 2490,

2491, wo ferner ausgeführt ist: die Wirkung einer vor dem Inkrafttreten des BGB. durch Reskript ausgesprochenen Legitimation bestimmt sich gemäß Art. 209 EGBGB. nach den früheren Gesetzen (**RG. 64** 392). Dagegen unterliegt das Rechtsverhältnis der fortgesetzten Gütergemeinschaft gemäß § 21, 7 HambG. vom 14. Juli 1899 jetzt den Vorschriften der Reichsgesetze über fortgesetzte Gütergemeinschaft.

III. Adoption nach Gemeinem Rechte. SchlHolstAnz. **14** 298 (LG. Kiel). Die zur Gültigkeit eines Adoptionsvertrags nach Gemeinem Rechte erforderliche Bestätigung bedurfte keiner bestimmten Form.

IV. Anerkennung eines unehelichen Kindes (Code civil). RheinARB. **32** 69 (LG. Cöln). Liegt eine Anerkennungserklärung der Eltern nach Art. 331 Code civil vor, so gilt das anerkannte Kind ohne Rücksicht darauf, ob es tatsächlich von dem Anerkennenden abstammt, als ehelich (Zachariä-Crome [3] § 538 Anm. 8). Die Wirkung der Anerkennung kann nur durch eine nach Art. 339 Code civil erhobene Anfechtungsklage beseitigt werden.

Art. 213. A. Materiellrechtlich. I. Allgemeines, insbesondere Auslegung. 1. **RG.** DNotV. **14** 22, PosMSchr. **13** 37. § 2269 ist grundsätzlich auch auf altpreußische Testamente anzuwenden, sofern der Erbfall, was hier der Fall, unter der Herrschaft des neuen Rechtes eingetreten ist. Eine Ausnahme ist nur zu machen, wenn ersichtlich die Bestimmungen den Vorschriften des alten Rechtes angepaßt sind, der Erblasser seine Bestimmungen im Sinne dieser Vorschriften verstanden wissen wollte.

2. SchlHolstAnz. **14** 113 (Kiel). Zwar handelt es sich um ein vor 1900 errichtetes Testament. Dies schließt aber die Anwendung der Auslegungsregeln des BGB. nicht aus. Diese Regeln, die übrigens stets nur dahin zielen, den vermutlichen Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, sind vielmehr gemäß dem allgemeinen Grundsatze des Art. 213 EG. — die Ausnahmen des Art. 214 liegen insoweit nicht vor — an sich anzuwenden, und das frühere Recht ist bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen, die unter seiner Geltung errichtet sind, nur insoweit heranzuziehen, als anzunehmen ist, daß seine Bestimmungen den Willen oder die Ausdrucksweise des Erblassers beeinflußt haben.

3. WürttZ. **14** 264 (Stuttgart). Die Auffassung, die den §§ 2269, 2280 BGB. zugrunde liegt, war der früheren württ. Rechtsübung fremd; es war vielmehr die Anschauung herrschend, daß auch dann, wenn die Eheleute über das beim Tode des überlebenden Ehegatten vorhandene Gesamtvermögen Verfügungen trafen, eine Erbfolge in zwei Nachlässe stattfände, daß insbesondere dann, wenn das Gesamtvermögen auf den Tod des überlebenden Ehegatten den Verwandten des Mannes und der Frau anteilsmäßig zufallen sollte, die Verwandten des zuerst verstorbenen Ehegatten Universalfideikommissare des Nachlasses dieses Ehegatten wären, während die Verwandten des überlebenden Ehegatten dessen Nachlaß unmittelbar erbten.

4. RheinZ. **6** 249 (Zweibrücken) — mitgeteilt von Silberschmidt. Das Testament ist vor 1900 errichtet, der Erblasser nach 1900 verstorben. Die Gültigkeit des Testaments richtet sich nach altem Rechte, die rechtliche Bedeutung und Wirkung nach neuem. Für die Bestimmung des Willens des Erblassers sind die Rechtszustände und Rechtsanschauungen sowie der Sprachgebrauch zur Zeit des alten Rechtes zu berücksichtigen. Aus den Umständen des Falles wird geschlossen, daß der Erblasser weder bei der Errichtung des Testaments, noch bis zu seinem Tode in den aus seiner Verfügung und den Bestimmungen des neuen Rechtes sich ergebenden Zustand eingreifen wollte.

5. RheinZ. **6** 288 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck. In der Tatsache, daß

unter der Herrschaft des früheren Rechtes in einem Ehevertrage wegen des fehlenden Erbrechts des Ehegatten eine Zuwendung von Todes wegen zugunsten eines Ehegatten verfügt wird, ist im Falle des Ablebens des anderen Ehegatten unter der Herrschaft des BGB. kein Erbverzicht hinsichtlich des nunmehrigen Erbrechts des Ehegatten zu erblicken. Ein solcher Verzicht wäre nach dem maßgebenden französischen Rechte auch nicht zulässig gewesen.

6. SchlHolstAnz. **14** 113 (Kiel). Ist der Erblasser nach 1900 verstorben, so richten sich seine Beerbung und damit auch der Anspruch der Erben auf Auskunfterteilung grundsätzlich nach den Vorschriften des BGB.

II. Erbrechtliche Bestimmungen des alten Rechtes. 1. SchlHolstAnz. **14** 66 (Kiel). Nach Gemeinem Rechte kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker von der Inventar- und Rechnungslegung rechtsgültig nicht entbinden.

2. **RG.** FrankfRundsch. **48** 21. Über die gemeinrechtliche Entwicklung der usucapio pro suo und ihre Bedeutung neben der usucapio pro herede.

3. **RG.** R. **14** Nr. 240. Nach PrALR. gilt, wie aus § 467 I. 12 entnommen werden darf, im allgemeinen die dem § 2108 Abs. 2 BGB. entsprechende Regel, daß das Nacherbrecht als ein vererbliches Recht bereits im Zeitpunkte des Erbfalls erworben wird (vgl. StriethA. **12** 177). Diese Regel greift jedoch nur Platz, wenn nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt.

4. SchlHolstAnz. **14** 134 (KG.). Die dem überlebenden Ehegatten nach Sachsenrecht in Ansehung des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten zustehende statutarische Portion ist kein bloßes Forderungsrecht in Höhe eines bestimmten Wertanteils gewisser Nachlaßgegenstände, sondern ein erbrechtlicher Anspruch. AM. KGJ. **37** A 315 (Kiel) und wiederholt in einem ungedr. Beschlusse vom 19. November 1914.

5. **RG.** R. **13** Nr. 537. Aufrechterhalten sind auch die aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden erbrechtlichen Folgen eines die Rechte des Vertragserben oder Vermächtnisnehmer beeinträchtigenden Rechtsgeschäfts.

6. R. **14** Nr. 434 (BayObLG.). Ob eine Erbeseinsetzung oder eine Teilungsanordnung vorliegt, ist unter Umständen verschieden zu beantworten, je nachdem es sich um beerbte oder unbeerbte (kinderlose) Ehe handelt. Dies gilt insbesondere für eine Vereinbarung, daß der überlebende Gatte „Alleineigentümer" werden soll.

7. RheinZ. **6** 436 (Colmar) — mitgeteilt von Dieffenbach. Ein Mann hatte im Ehevertrage vor 1900 seiner überlebenden Witwe das Recht des préciput conventional nach Art. 1515 C. c. bezüglich eines gütergemeinschaftlichen Grundstücks eingeräumt. Die Witwe hatte die Vorwegnahme nach dem vor 1900 erfolgten Tode des Mannes ausgeübt. Es fragte sich, ob sie hierdurch ohne weiteres Eigentümerin des Grundstücks geworden war, oder ob die Erben des Mannes es ihr zuvor noch auflassen müßten. Der Senat entschied im ersteren Sinne. — Auf die Gemeinschaft zwischen der Witwe und den Erben des Mannes ist Art. 213 EGBGB. anwendbar, so daß die Wirkungen der Ausübung des préciput sich noch nach C. c. bestimmten. Hiernach erwirbt aber die Ehefrau durch die bloße Erklärung, von ihrem Rechte Gebrauch zu machen, Eigentum an der Liegenschaft (NotZ. **03** 208).

8. ElsLothJZ. **14** 195 (Colmar). Die Erbengemeinschaft des französischen Rechtes stellt, abgesehen von Forderungen und Schulden, ein Gesamthandverhältnis dar, nicht eine Bruchteilsgemeinschaft im Sinne der Artt. 181, 173 EGBGB.

9. ElsLothNotZ. **14** 68 (LG. Straßburg). Nach dem alten — französischen — Rechte kann der Erbe an einem Nachlasse während 30 Jahren rechtsgültig auf die Erbschaft verzichten, es sei denn, daß er oder sein gesetzlicher Vertreter Rechtshandlungen vorgenommen hat, durch welche auf die Annahme der Erbschaft zu schließen ist, und die dem Grundbuchamte durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen oder beim Gericht offenkundig sind.

B. Formalrechtlich. I. Literatur. Heidlen-Mayer, Das Nachlaßgericht nach Reichsrecht und württembergischen Landesrechte (Stuttgart 1912).

II. Rechtsprechung. 1. RheinZ. **6** 280 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck. Ein allgemeiner Erbschein kann nicht erteilt werden, wenn es sich um den Nachlaß eines Franzosen handelt, der zur Zeit des Erbfalls im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthalt hatte (§ 2369 BGB.). Für die Beerbung kommt das Recht des Code civil zur Anwendung, und es fällt hiernach gemäß Art. 136 C. c., wenn ein Abwesender als Erbe berufen ist, der Nachlaß ausschließlich an diejenigen, die in Ermangelung des Abwesenden zur Erbschaft gelangt wären.

2. RheinZ. **6** 280 f. (Colmar) — mitgeteilt von Nürck. Die Erteilung eines beschränkten Erbscheins gemäß § 2369 BGB. ist nicht aus dem Grunde ausgeschlossen, weil das für die Beerbung maßgebende ausländische Recht den Erbschein überhaupt nicht kennt. Die Vorschrift des § 2369 BGB. bezweckt die Ermöglichung der Erlangung einer Legitimation für den Teil des Nachlasses, der sich im Inlande befindet für den Fall, daß ein deutsches Nachlaßgericht fehlt, um dem Verkehr eine sichere Rechtsgrundlage zu bieten. Durch sie ist im Sinne des Art. 28 EGBGB. in Beziehung auf die im Inlande befindlichen Nachlaßwerte das nach Art. 25 EGBGB. an sich maßgebende ausländische Recht eingeschränkt worden.

3. RheinZ. **6** 289 (Colmar) — mitgeteilt von Nürck — behandelt das Recht eines Miterben, vor der Auseinandersetzung mit den übrigen Erben ohne deren Zustimmung die Versteigerung eines bestimmten Nachlaßgegenstandes zu betreiben. Gemäß Art. 883 C. c. (Art. 213 EGBGB.) steht dem einzelnen Miterben nur das Recht zu, die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu betreiben. Das Miterbrecht besteht demnach nur in einem Anrecht auf eine Nachlaßquote, zu dessen Durchführung nur der Weg der Auseinandersetzung offensteht.

4. RheinA. **111** 73 (Düsseldorf). In älteren Nachlaßsachen, bei denen das Teilungsverfahren nach dem G. vom 22. Mai 1887 stattfindet, ist Beschwerde und weitere Beschwerde nur nach Maßgabe der älteren Vorschriften zulässig (Abgehen von der Ansicht **109** 290). Vor 1900 konnte im rheinischen Rechtsgebiete der Notar nicht auf Antrag eines Erbbeteiligten vom Gerichte mit der Inventarisation des Nachlasses und Abnahme von Eiden beauftragt werden.

Art. 214. I. Literatur. 1. Block, Die Testamentserrichtung nach Dithmarscher Landrecht, SchlHolstAnz. **14** 225—227. Für Holstein galt die holsteinische TestamentenVO. vom 30. August 1859 am wichtigsten, weil dieses Gesetz neue Formen für die Errichtung letztwilliger Verfügungen einführte, die einheitlich für ganz Holstein Geltung hatten (vgl. über die VO. den Aufsatz von Frormann, SchlHolstAnz. **07** 321 ff.). Die holsteinische TestamentenVO. war aber keine Kodifikation, sie beseitigte nicht die bisher gültigen Bestimmungen über die Testamentserrichtung, sondern ließ ausdrücklich die von früher her nach Gesetz und Gewohnheit an jedem Orte zulässigen Testamentsformen nebenher in Kraft. So war es möglich, daß im früheren Geltungsbereiche des Dithmarscher Landrechts die Testamentserrichtung bis 1900 nach diesem Rechte erfolgen konnte. Der Verf. schildert sodann die Bestimmungen dieses Rechtes.

2. *Kretzschmar, Altrechtliche Verfügungen von Todes wegen, JW. **14** 953—966. a) Bei einer altrechtlichen Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag) bestimmen sich nach Art. 214 Abs. 1 die Errichtung und die vor dem 1. Januar 1900 erfolgte Aufhebung nach den bisherigen Gesetzen, auch wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. verstirbt. Das alte Recht ist also maßgebend für die Form eines altrechtlichen Testaments oder Erbvertrags, für die Frage nach der Testierfähigkeit des Erblassers und die nach der Zulässigkeit der gewählten Art der Verfügung; ferner für die Zulässigkeit und die Form des Widerrufs des Testaments, des Rücktritts vom Erbvertrag und des den

Erbvertrag aufhebenden Vertrags, wenn diese Akte vor dem 1. Januar 1900 liegen. Erfolgt die Aufhebung der Verfügung von Todes wegen nach dem Inkrafttreten des BGB., so ist das neue Recht hierfür maßgebend. b) Die Wirkungen einer altrechtlichen Verfügung von Todes wegen bestimmen sich, wenn der Erblasser unter der Herrschaft des neuen Rechtes verstirbt, nach neuem Rechte. Das neue Recht ist also maßgebend für die Frage, ob und in welchem Umfange Erbeinsetzung vorliegt und Anwachsung stattfindet, für die Frage nach der Wirkung des Vermächtnisses (also obligatorische Natur!), für das Pflichtteilsrecht sowie für die Frage, inwieweit die Gültigkeit einer Verfügung durch vorhandene Willensmängel beeinflußt wird und ihr deshalb die Wirkung abgeht oder durch Anfechtung entzogen werden kann. c) Eine Ausnahme von dem Grundsatze zu b macht die Bindung des Erblassers bei einem altrechtlichen Erbvertrag oder einem solchen gemeinschaftlichen Testamente, hierfür bleibt das alte Recht maßgebend. Die „Bindung" des Erblassers bedeutet das materielle Gebundensein und beschränkt sich daher auf die Frage, ob der Erblasser die von ihm in dem Erbvertrag oder in dem gemeinschaftlichen Testamente getroffene Verfügung einseitig aufheben kann. Für die Form der Aufhebung ist gemäß dem Grundsatze zu a das alte Recht nur maßgebend, wenn die Aufhebung vor dem 1. Januar erfolgt ist. Für die Form einer späteren Aufhebung gilt das neue Recht.

II. Rechtsprechung. A. Preußisches Recht. 1. Widerruf eines wechselseitigen Testaments durch Privattestament. a) **RG. 83** 302, JW. **14** 211, GruchotsBeitr. **58** 1052, PosMSchr. **13** 139, R. **14** Nr. 375 verbleibt bei der Ansicht JW. **11** 414, JDR. **11** Ziff. 2 zu Art. 214, wonach ein unter der Herrschaft des früheren preußischen ALR. von Ehegatten errichtetes wechselseitiges Testament seit dem Inkrafttreten des BGB. von dem einen oder anderen Teile bei Lebzeiten des anderen auch durch Privattestament widerrufen werden darf. **b)** Ebenso KGJ. **45** A 143 (KG.). **c)** Dagegen Kretzschmar aaO. 959. Der Auffassung des RG. und des KG. liegt eine unzulässige Gleichstellung von Widerruf und Widerruflichkeit zugrunde, während nur die Widerruflichkeit (gleich der Bindung und als deren Verneinung) zu den Wirkungen der Verfügung gehört, der Widerruf dagegen in einer auf Aufhebung der Verfügung gerichteten Willenserklärung besteht und als Formalakt den zur Zeit seiner Vornahme geltenden Vorschriften unterliegt.

2. Nachzettel. a) OLG. **26** 362, BreslauAK. **13** 16 (Breslau). Die durch das gemeinschaftliche Testament für den überlebenden Ehegatten sich ergebende Bindung (Art. 214 Abs. 2 EGBGB.) bezieht sich auf letztwillige Bestimmungen materieller und formeller Natur. Ist die Gültigkeit eines Nachzettels an die eigenhändige Niederschrift geknüpft, so ist die Wahl der notariellen Form nicht zulässig. **b)** Dagegen KGJ. **45** A 137, ZBlFG. **14** 472. Seit dem 1. Januar 1900 kann ein „Nachzettel" im Sinne des Anh.-§ 35 zu § 163 I. 12 ALR. auf Grund eines in einem älteren Testament enthaltenen Vorbehalts nicht mehr errichtet werden. Nimmt der Erblasser nunmehr in eigenhändiger Form eine Änderung oder Ergänzung des Testaments vor, so tut er dies nicht auf Grund jenes Vorbehalts, sondern auf Grund des heutigen Gesetzes (§ 2231 Ziff. 2 BGB.). Deshalb sind für die Form des eigenhändigen Nachtrags nur noch die heutigen gesetzlichen Vorschriften, nicht aber die Bestimmungen des alten Testaments maßgebend. Dies gilt, auch wenn der Vorbehalt in einem gemeinschaftlichen Testament enthalten ist.

3. § 519 I. 12 ALR. **RG.** R. **14** Nr. 522. Handelt es sich nicht um eine einzelne bestimmte Person, die als Nacherbe eingesetzt ist, sondern ist die Nacherbeinsetzung unter einer Gesamtbezeichnung, unter der Bezeichnung „Deszendenz" erfolgt, so greift die Regel, daß das Nacherbenrecht bereits

zur Zeit des Erbfalls als ein vererbliches erworben wird (§ 519 I. 12 ALR.), nicht ohne weiteres Platz; in diesem Falle ist vielmehr der Wille des Erblassers durch freie Auslegung zu ermitteln.

4. Anhangs-§ 168 zu § 669 II. 18 ALR. **RG.** R. **14** Nr. 710. Der Anhangs-§ 168 zu § 669 II. 18 ALR. („Die dem überlebenden Ehegatten eingeräumte freie Disposition des Vermögens begreift das Recht, die Substanz zu vermindern oder zu verzehren, nicht in sich") findet für den Fall der fideikommissarischen Substitution keine Anwendung (StriethA. **74** 218); er enthält eine Auslegungsregel lediglich für Fälle, in denen dem Ehegatten nicht das Eigentum am Nachlasse, sondern nur der Nießbrauch daran und daneben zugleich das Recht zur Verfügung über den Nachlaß zugewendet, der Ehegatte also nur Vermächtnisnehmer ist (vgl. auch StriethA. **34** 70, **48** 5). Die genannte Vorschrift kann daher für die Entscheidung, ob im einzelnen Falle eine fideikommissarische Erbeinsetzung oder nur ein Nießbrauchs- oder Verfügungsvermächtnis als gewollt anzunehmen sei, nicht verwertet werden, da ihre Anwendung voraussetzt, daß das Vorliegen eines bloßen Vermächtnisses bereits feststeht.

B. Gemeines Recht. SchlHolstAnz. **14** 66 (Kiel). Nach Gemeinem Rechte kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker von der Inventar- und Rechnungslegung rechtsgültig nicht entbinden.

C. Französisches Recht. 1. RheinZ. **6** 304 (Colmar) erörtert den Kreis der nach Art. 896 Code civil verbotenen Substitutionen.

2. RheinZ. **6** 249 (Zweibrücken) — Mitteilung von Silberschmidt — betrifft die Auslegung eines den Art. 971 Code civil entsprechenden Testaments, worin der Erblasser seiner Witwe den Nießbrauch am ganzen Nachlaß oder doch, soviel das Gesetz zulasse, vermacht, die verheiratete Tochter auf den Pflichtteil setzt und deren Tochter den Nießbrauch am Anteil ihrer Mutter zuwendet.

3. ElsLothNotZ. **14** 223 (LG. Colmar). Enthält ein altrechtlicher, nach französischem Rechte zu beurteilender Schenkungsvertrag die Einsetzung der Ehefrau als Erbin und räumt er den Vorbehaltserben im Sinne des Code civil das Recht ein, die Reduktion der zugunsten der Ehefrau getroffenen Verfügung zu fordern, so steht diese Anordnung der Annahme, daß die Ehefrau als Alleinerbin eingesetzt sei, nicht entgegen.

4. **RG.** R. **14** Nr. 1124, 1152. Aus Art. 214 Abs. 2 ist nicht zu folgern, daß einem vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossenen Ehe- und Erbvertrage, nachdem die Erblasserin unter der Herrschaft des BGB. gestorben ist, dieselbe Tragweite zukomme, wie es der Fall wäre, wenn die Erblasserin vor dem Inkrafttreten des BGB. gestorben wäre. Gegen die Vorschrift des neuen Rechtes verstößt die Annahme, mit dem Ausschluß von der gesetzlichen Erbfolge sei auch der Ausschluß des Pflichtteilsrechts gegeben, weil das Pflichtteilsrecht das Vorhandensein des gesetzlichen Erbrechts zur Voraussetzung habe. Nach § 2303 Abs. 2 BGB. kann der Ehegatte, der durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, den Pflichtteil verlangen. — Nach dem früheren rheinisch-französischen Rechte (Artt. 1130 Abs. 2, 791 Code civil) war ein Erbverzicht, der auch dann vorliegt, wenn der Erblasser unter Zustimmung des Verzichtenden diesen von der Erbfolge ausschließt, unzulässig. Zur Herbeiführung der Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge hätten die Vertragschließenden gesonderte letztwillige Verfügungen in der vorgeschriebenen Form errichten müssen (Art. 968 Code civil).

D. Bayerisches Landrecht. 1. BayNotZ. **14** 339 (BayObLG.). Haben sich Ehegatten, die in dem aus dem Bayerischen Landrecht übergeleiteten gesetzlichen Güterstande des BGB. lebten, gegenseitig unter

Übergehung ihrer Kinder als Alleinerben eingesetzt, so gehört zum Nachlasse der zuerst verstorbenen Frau nicht auch der Anspruch auf Ausgleichung des Ehegewinns im Sinne des Art. 83 Abs. 2 G. vom 9. Juni 1889, Übergangsvorschriften zum BGB. betreffend.

2. BayObLG. **15** 189, R. **14** Nr. 306. Nach BayLR. III Kap. IV § 11 Ziff. 7 sind wechselseitige letztwillige Verfügungen im Zweifel als (einseitig nicht mehr widerrufliche) Erbverträge zu erachten, sofern nicht die Verfügenden ihren letzten Willen selbst als Testament bezeichnen und ihre Absicht, nur ein solches zu errichten, damit kundgeben. Aus der Überschrift „gegenseitiges Testament" ist jedoch nichts für die Widerruflichkeit bei Lebzeiten des anderen Teiles zu folgern, wenn sich die Unwiderruflichkeit aus den sonstigen Umständen genügend ergibt.

E. Sächsisches Recht. 1. SächsOLG. **35** 59. Haben Eheleute unter der Herrschaft des früheren Sächsischen Rechtes sich zu je einem Viertel und ihre vier Kinder je zusammen zu den übrigen drei Vierteln des Nachlasses zu Erben eingesetzt, dabei aber gegenseitig auf den einseitigen Widerruf des Testaments verzichtet, so kann der überlebende Ehegatte, der die Erbschaft aus dem gemeinschaftlichen Testament angenommen hat, seine eigenen Verfügungen nicht mehr widerrufen und nur etwa über das durch den Tod des erstverstorbenen Ehegatten frei gewordene Viertel des Nachlasses gültig von Todes wegen verfügen (§ 2214 Satz 2 verb. mit § 2201 SächsBGB.).

2. SächsOLG. **35** 72. Entspricht ein unter der Herrschaft des früheren sächsischen Rechtes errichtetes mündliches Testament der Vorschrift des § 2094 SächsBGB., so ist es gültig, wenn es von dem Richter mitunterschrieben ist (§ 3 G. vom 20. Mai 1867). Ein zugezogener Gerichtsbeisitzer brauchte das Protokoll nur zu unterzeichnen, wenn er Protokollführer war.

Art. 218. S. Art. 200.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

Art. 2, 3. BayObLG. **15** 1—12. Wenn Waldgrundstücke mit dem daraufstehenden Holze verkauft werden, so bilden die Grundstücke den Gegenstand des Vertrags im Sinne des Art. 275 ADHGB.; dieser Vertrag ist daher kein Handelsgeschäft, auch wenn der Kauf des auf den Grundstücken stehenden Holzes für den Käufer als Holzhändler vielleicht sogar den Hauptzweck des Geschäfts bildet.

Art. 5. RJA. **12** 124 f. (Dresden), ebenso DNotV. **14** 726 f. (KG.). Eine Gewerkschaft mit juristischer Persönlichkeit ist, wenn der Ort der Handelsniederlassung und der statutarische Sitz der Gewerkschaft auseinanderfallen, in das Handelsregister des Ortes einzutragen, an welchem die Gewerkschaft ihre Handelsniederlassung hat (schon JDR. **12** 476).

Handelsgesetzbuch.

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

Literatur: Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffahrtsrechts, des Versicherungsrechts, sowie des Post- und Telegraphenrechts (unter Mitwirkung zahlreicher Autoren). Bd. I. Leipzig 1913. — Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. 6. Aufl. Berlin 1913. — Heilfron, Lehrbuch des Handelsrechts. 2 Bde. 2. Aufl. Berlin 1912/13.

§ 1. I. Literatur. Nußbaum, Die Auflösung des Handelsrechtsbegriffs, GoldschmidtsZ. **76** 325—336. Ein einheitlicher Handelsrechtsbegriff läßt sich

nicht konstruieren, das Handelsrecht ist nicht mehr ein Recht des Handels, sondern eine Häufung ziemlich disparater Materien.

II. Rechtsprechung. 1. OLG. 28 221 f. (München). Wenn Minderkaufleute nach § 1 Nr. 1 mit § 4 HGB. sich nach außen hin als oHG. gerieren, sei es dadurch, daß sie sich als solche ins Handelsregister eintragen lassen, oder dadurch, daß sie ohne Eintragung eine auf das Vorhandensein einer solchen Gesellschaft hinweisende Firma annehmen, dann geben sie damit auch nach außen hin die Erklärung ab, daß sie in gleicher Weise wie oHG. haften wollen, und es würde gegen Treu und Glauben im Verkehre verstoßen, wenn sie sich der Erfüllung der hieraus für sie entstehenden Pflichten durch die Einwendung entziehen wollten, daß sie keine Gesellschaft im Sinne des HGB. seien.

2. HansGZ. **14** Hptbl. 80 (Hamburg). Für die Frage, ob eine Person als Vollkaufmann oder als eine solche anzusehen ist, deren Betrieb sich innerhalb der Grenzen des Kleingewerbes hält, ist nach der herrschenden Meinung zur Auslegung des § 4 HGB. der § 2 HGB. heranzuziehen. Umfang und Art des Unternehmens müssen dergestalt sein, daß es einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

3. **RG.** ZBlFG. **14** 33. Wer Klempnerarbeiten für Neubauten verrichtet und die dazu angeschafften Materialien in die Bauten verwendet, ist nicht Kaufmann, sondern Bauhandwerker; sein Gewerbe ist kein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB.

4. **RG.** BayNotZ. **51** 345. Aus § 1 HGB. folgt nicht ohne weiteres, daß Bankier sei, wer irgendwelche Arten der Bankiergeschäfte, sei es auch im Hauptgewerbe, betreibt. Der Schwerpunkt beim Bankgewerbe liegt darin, dem Bedürfnisse des Verkehrs nach dem Umsatze von Geld und gelddähnlichen Werten (Wertpapieren) durch Abschluß oder Vermittlung geeigneter Rechtsgeschäfte zu dienen. Ein Kleingewerbetreibender (§ 4 HGB.) wird im Verkehre nicht als Bankier angesehen, und das Geschäft eines gewöhnlichen Geldverleihers ist nach der Verkehrsanschauung kein Bankgeschäft.

5. **RG.** (Strafs.) BankA. **13** 277 f. Nach der für die fragliche Begriffsbestimmung maßgebenden Verkehrsauffassung liegt der Schwerpunkt beim Bankgewerbe darin, dem Bedürfnisse des Verkehrs nach dem Umsatze von Geld und gelddähnlichen Werten (Wertpapieren) durch Abschluß oder Vermittlung geeigneter Rechtsgeschäfte zu dienen. Siehe auch §§ 2, 4.

§ 2. 1. RJA. **12** 125—127 (Dresden). Über das Verhältnis des § 2 zum § 1 und zum § 4 HGB.

2. BayObLG. **14** 526—532, BayRpflZ. **14** 47, ZBlFG. **14** 670, DNotV. **14** 729. Entscheidend für die Frage, ob ein Kleingewerbe vorliegt oder nicht, ist nicht, ob die Art der Führung des Geschäfts durch den gegenwärtigen Inhaber, sondern ob der sachliche Befund eine kaufmännische Betriebsweise erforderlich macht. Eine Fischhandlung mit 90 000 M. Jahresumsatz und vier Hilfskräften ist auch ohne Laden mit Schaufenstern, ohne größere Betriebs-, Lager- und Geschäftsräume und bei Barkauf und -verkauf ein Vollhandelsgewerbe. S. auch Art. 5 EGHGB., §§ 1, 4 HGB.

§ 4. RJA. **12** 125—127 (Dresden). Maßgebend für den Begriff des Handwerksbetriebs ist nicht nur der Umfang, sondern auch die Art des Geschäftsbetriebs. S. auch §§ 1, 2 HGB.

§ 5. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 153, DNotV. **14** 726. Das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, daß die Eintragung einer Firma der rechtlichen Wirkung entbehre, wenn sie bei einem unzuständigen Gericht erfolgt ist.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

§ 8. Fester, Die Bedeutung des Eintrags ins Handelsregister, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrechte, herausgeg. von Heymann, Nr. 14

(Marburg 1912). Der Verf. behandelt getrennt das Handelsregister als Publizitätsmittel und die rechtlichen Folgen der dem Eintrage zugrunde liegenden Erklärung.

§ 13. I. Literatur. Könige, Die Buchführungspflicht inländischer Zweigniederlassungen ausländischer privater Unternehmungen, LeipzZ. **14** 1417—1432. Der Verf. geht zunächst von der Frage aus, ob Handelsgesellschaften überhaupt eine Staatsangehörigkeit besitzen und welche Grundsätze für die Bestimmung ihrer Nationalität maßgebend sind, und behandelt alsdann das obige Thema unter Erörterung folgender Fragen: 1. Welche Bücher sind zu führen? 2. Wo sind die Bücher zu führen? 3. Inventar und Bilanz. 4. Wie sind die Bücher zu führen? 5. Wann beginnt die Buchführungspflicht? 6. Wer ist für die Buchführung verantwortlich? 7. Die Beweiskraft der Handelsbücher.

II. Rechtsprechung. 1. ZBlFG. **14** 478 (KG.), ebenso OLG. **27** 298, DNotV. **14** 728 f. (Hamburg). Die Zweigniederlassung muß ein Wirtschaftskörper sein, der nach seiner Organisation bei einem Wegfalle der Hauptniederlassung als selbständige Handelsniederlassung fortbestehen könnte.

2. SeuffA. **69** 326 f., BayRpflZ. **14** 46 f., DNotV. **14** 732 f. (BayObLG.). Der Kaufmann, der mehrere Niederlassungen hat, kann verschiedene Firmen führen, vorausgesetzt, daß die Geschäfte getrennt und selbständig betrieben werden. Betreibt der nämliche Kaufmann in verschiedenen Niederlassungen die Herstellung und den Verkauf der gleichen Waren, so hängt es von seinem Willen ab, ob der Betrieb einheitlich oder in jedem Geschäft selbständig geführt wird.

3. SächsOLG. **35** 81—83, OLG. **28** 342 f., ZAktWes. **14** 87 f., DNotV. **14** 736 f., ZBlFG. **14** 34. Ausländische Zweigniederlassungen können nicht in das Register der Hauptniederlassung eingetragen werden.

4. RJA. **13** 28 f., ZBlFG. **14** 478 (Dresden). Aus der Vorschrift des § 13 HGB., nach der Anmeldungen und Eintragungen bei dem Register der Zweigniederlassung, soweit nicht für einzelne Fälle etwas anderes bestimmt ist, in gleicher Weise wie beim Register der Hauptniederlassung zu erfolgen haben, ergibt sich, daß die Anmeldung der Zweigniederlassung durch sämtliche Gesellschafter, also auch durch die Kommanditisten bewirkt werden muß.

5. BauersZ. **21** 133 f., LeipzZ. **14** 306 f., DNotV. **14** 747 (Dresden). Die Vorschrift im § 13 Abs. 2 HGB., wonach eine Eintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung nicht stattfindet, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung erfolgt ist, findet auf solche Eintragungen keine Anwendung, die nur die Zweigniederlassungen betreffen; solche Eintragungen sind bei dem Gerichte der Zweigniederlassung anzumelden und nur in dessen Register zu bewirken, z. B. die Sonderprokura für den Bezirk der Zweigniederlassung.

6. BayObLG. **14** 572—574. Wenn auf Grund derselben Anmeldung eine Eintragung sowohl in das Handelsregister des Ortes der Hauptniederlassung als auch in das Handelsregister des Ortes der Zweigniederlassung erfolgt, beide Register aber von demselben Gerichte geführt werden, so ist die Eintragung in die beiden Register als Eintragung in das Handelsregister desselben Gerichts im Sinne des Art. 57 GebG. anzusehen, und daher für die mehreren Eintragungen nur eine Gebühr zu erheben.

7. RJA. **13** 37—42, DNotV. **14** 731 f. (BayObLG.). Ausländischer Doktortitel in der Firma der inländischen Zweigniederlassung eines Einzelkaufmanns, dessen Hauptniederlassung sich im Auslande befindet (schon zit. JDR. **12** 480).

§ 15. S. § 13.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

§ 17. 1. DNotV. **14** 733, R. **14** Nr. 815 (BayObLG.). Die Selbständigkeit eines Geschäfts wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß ein eigenes Lager nicht geführt

wird, sondern die bestellten Gegenstände jeweils von der Fabrik des Geschäftsinhabers übersendet werden.

2. RJA. **12** 127—129 (BayObLG.). Die Zweigniederlassung kann einen besonderen, von der Firma der Hauptniederlassung wesentlich abweichenden Namen nicht führen. Allerdings ist es angängig und unter Umständen (§ 30 Abs. 3 HGB.) sogar notwendig, daß die Firma der Zweigniederlassung von der Firma der Hauptniederlassung durch einen Zusatz sich unterscheidet; durch diesen Zusatz darf aber die Firma der Hauptniederlassung nicht derart umgestaltet werden, daß der Zusammenhang beider Firmen nicht mehr erkennbar ist. Eine solche Umgestaltung würde ebenso dem das Firmenrecht beherrschenden Gebote der Firmenwahrheit, wie dem Interesse der Verkehrssicherheit widersprechen. S. auch § 13.

§ 18. I. Literatur. Marcus, Zum Notstande der „abgeleiteten" Handelsfirmen, HoldheimsMSchr. **14** 235. Die Bestimmung des § 18 Abs. 2 HGB. bezieht sich nicht nur auf ursprüngliche, sondern auch fortgesetzte Firmen des § 22 HGB.

II. Rechtsprechung. 1. OLG. **28** 341, ZBlFG. **14** 33 f., DNotV. **14** 729 f. (Hamburg). Der Firmenzusatz darf nicht so gewählt werden, daß der Firmenname mit der im § 18 Abs. 1 HGB. festgesetzten Verpflichtung zur Führung des Familiennamens in Widerspruch tritt. So darf nicht dem Familiennamen des Inhabers derjenige seiner Frau durch Bindestriche angefügt werden (Levy-Kram); dies jedenfalls dann nicht, wenn dadurch der erstere Name als Vorname erscheinen kann. So dürfte ein Kaufmann Georg Conrad nicht Georg Conrad Schulze (Name seiner Frau) firmieren.

2. ZBlFG. **14** 670 (BayObLG.). Keine Vorschrift hindert den Kaufmann, am Orte seines Wohnsitzes, oder an einem anderen Orte ein Handelsgeschäft — sei es das gleiche, das er an seinem Wohnsitze betreibt, oder ein anderes — unter der gleichen oder unter einer anderen Firma zu betreiben, sofern er nur den §§ 18 und 30 HGB. Rechnung trägt.

3. OLG. **27** 313, ZBlFG. **14** 479 (Nürnberg). Die Inhaber der oHG. G. B. können die Unterlassung des — unwahren — Firmenzusatzes „vormals G. B. Filiale" selbst dann verlangen, wenn ihr Rechtsvorgänger oder sie selbst dem Gegner die Führung dieses Zusatzes erlaubt haben.

4. **RG.** BauersZ. **21** 257—259, SächsRpflA. **14** 286—288. Die Firma „Vertriebsgesellschaft Limonade Benediktine mbH." verletzt nicht das Firmenrecht. Das Wort Benediktine hat in der Firma der Beklagten und in der Art der Benutzung der Beklagten seine Bedeutung als Schlagwort der klägerischen Firma verloren.

5. BayObLG. **14** 503—506, OLG. **27** 355, LeipzZ. **14** 90 f., ZBlFG. **14** 670 (BayObLG.). Wenn sich ein Unternehmen, dessen Gegenstand die Vermittlung von Grundstückskäufen und -verkäufen ist, in der Firma als „Internationale Immobilien-Verkaufsgesellschaft" bezeichnet, so ist zwar die Benennung des Geschäfts als Verkaufsgesellschaft nicht als irreführend im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB. anzusehen, dagegen ist die Bezeichnung als internationale Gesellschaft zu beanstanden, wenn es sich nur um ein kleines Kommissionsgeschäft von untergeordneter Bedeutung handelt, das weder nach seiner Einrichtung noch nach den vorhandenen Beziehungen tatsächlich in der Lage ist, Vermittlungen hinsichtlich ausländischer Grundstücke zu übernehmen, insbesondere Kaufliebhaber zu verschaffen und mit den Verkäufern unmittelbar oder durch Agenten in Verbindung zu treten. S. auch §§ 13, 17.

6. OLG. **27** 309, ZBlFG. **14** 478, DNotV. **14** 732 (KG.). Fabrik ist eine kaufmännisch eingerichtete in einem größeren Umfange betriebene Anstalt, in der bewegliche Sachen (Rohstoffe oder Halberzeugnisse) zu Waren gewerbsmäßig verarbeitet oder auch bereits fertige Gegenstände wiederhergestellt oder durch Umgestaltung verbessert werden.

7. LeipzZ. **14** 1397 f., BayRpflZ. **14** 254, DNotV. **14** 730 f., R. **14** Nr. 1897 (BayObLG.). Zum Begriff einer „graphischen Kunstanstalt" gehört zwar nicht die eigene mechanische Vervielfältigung, wohl aber die Herstellung der künstlerischen Unterlagen für den Druck.

§ 19. 1. **RG.** JW. **14** 932 f. Nr. 18. Wesentliches in der Firmenzeichnung einer Kommanditgesellschaft. Wesentlich ist die Unterschrift „R. D.", während die Worte „Mechanische Schuhfabrik" nur ein aus dem Gegenstande des Unternehmens entnommener Zusatz sind und das Wort „B." nur den Sitz der Gesellschaft bezeichnet.

2. OLG. **27** 395, DNotV. **14** 748 (KG.). Die Fortführung eines von einem Einzelkaufmanne seitens einer GmbH. erworbenen Geschäfts unter dessen bisherigen Firma ist unzulässig, da es begrifflich ausgeschlossen ist, daß eine GmbH. zugleich als Einzelkaufmann in Betracht kommen kann. Die GmbH. kann nur eine, dem § 4 GmbH. entsprechende Firma haben. Die Eintragung, daß die GmbH. das Geschäft des Einzelkaufmanns unter Übernahme der Firma desselben fortführe, ist daher unzulässig. Es kann auch eine GmbH. in Abt. A des (preußischen) Handelsregisters überhaupt nicht eingetragen werden.

§ 21. ZBlFG. **14** 478 (München). Wer sein Handelsgeschäft mit der Firma verkauft, ist nicht gehindert, einen zurückbehaltenen Teil des Geschäfts als Minderkaufmann unter seinem mit der veräußerten Firma gleichlautenden Namen zu betreiben, auch wenn es an dem gleichen Orte (im Verkehrssinne) geschieht.

§ 22. 1. OLG. **27** 309, ZBlFG. **14** 478, DNotV. **14** 732 (KG.). Die Änderung einer erworbenen Firma ist nicht erlaubt; es ist auch an sich nicht gestattet, alle Zusätze der erworbenen Firma abzulegen und sie auf den bloßen Eigennamen, der darin enthalten ist, zu beschränken. Doch kann sich derjenige, der selbst die Firma mit dem Namen und den unzulässigen Zusätzen übertragen hat, dadurch nicht beschwert finden.

2. ThürBl. **61** 33—35 (KG.). Nicht möglich ist es jedenfalls, daß die AG. neben ihrer alten Firma die erworbene Firma führt; das folgt, wenn sie das erworbene Geschäft mit dem bisher von ihr betriebenen vereinigt, aus dem allgemeinen Grundsatze der Firmenwahrheit. Es gilt aber ebenso, wenn das erworbene Geschäft getrennt betrieben wird; denn aus den für die AG. geltenden besonderen Bestimmungen ergibt sich, daß die AG. in jedem Falle nur eine Firma haben darf (vgl. § 182 Abs. 2 Nr. 1 HGB.).

3. **RG.** BayRpflZ. **14** 252 f., LeipzZ. **14** 1209 f., R. **14** Nr. 1611. Die bloße Bürgschaftsverpflichtung für künftige noch nicht entstandene Forderungen gegen eine Firma, wie sie in einer Kreditbürgschaft übernommen wird, geht an sich auf den Erwerber eines Handelsgeschäfts nicht über. S. auch §§ 17, 18, 21.

§ 23. S. §§ 18, 22.

§ 24. ZBlFG. **14** 670 (Karlsruhe). § 24 Abs. 2 HGB. bezieht sich nur auf die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, nicht aber auf juristische Personen des Handelsrechts, wie die AG. und die GmbH., deren Fortbestand unter der bisherigen Firma durch den Wechsel der Gesellschafter nicht berührt wird.

§ 25. 1. SächsOLG. **34** 451 (Dresden). Erwirbt eine zu begründende GmbH. das Geschäft eines Einzelkaufmanns mit dessen Firma und führt sie diese Firma mit dem Zusatze GmbH. weiter, so bedeutet dies keine Änderung der Firma im Sinne des § 25 HGB.

2. **RG.** ZBlFG. **14** 480. Die Einbringung eines Handelsgeschäfts in eine GmbH. bildet einen Erwerb des Geschäfts unter Lebenden im Sinne des § 25 HGB.

3. **RG.** ZBlFG. **14** 480. Eine Fortführung des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma liegt auch dann vor, wenn bei der Fortführung durch eine GmbH. der Firma der gesetzlich vorgeschriebene Zusatz GmbH. hinzugefügt wird. Ebenso

ist es unerheblich, wenn in der Firma das Wort „Fabrik" durch das Wort „Fabriken" ersetzt ist.

4. R. 14 Nr. 1720 (Stuttgart). Wer das Warenlager einer Firma im Laufe eines Zwangsvollstreckungsverfahrens vom Gerichtsvollzieher erwirbt, hat nicht das Handelsgeschäft erworben und haftet daher für die Geschäftsschulden auch dann nicht, wenn es ihm infolge besonderer Umstände gelingt, im übrigen nach außen den Anschein unveränderter Fortführung des Geschäfts hervorzurufen.

5. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 64—66. Die Fortführung des Geschäfts und der Firma durch den Erwerber muß, um die im Gesetze bestimmte Wirkung zu üben, nach außen hin, im Handelsverkehr erfolgen, so daß für Dritte erkennbar ist, der Erwerber wolle nunmehr als Geschäfts- und Firmeninhaber angesehen werden. Die Übernahme des Geschäfts gegenüber dem Veräußerer ist für sich allein nicht entscheidend.

6. **RG.** R. **14** Nr. 1457. Ist nach der Übertragung des Handelsgeschäfts, aber vor Fortführung desselben, unter der bisherigen Firma eine Geschäftsforderung auf den früheren Inhaber zurück übertragen, so ist dies für den Schuldner wirkungslos.

7. **RG.** BankA. **13** 344 f. Die einer Einzelfirma gegenüber übernommene Kreditbürgschaft gilt nicht ohne weiteres als auch der offenen Handelsgesellschaft gegenüber eingegangen, auf die jene Firma übergegangen ist. S. § 22.

8. **RG.** GruchotsBeitr. **59** 140 f. Nach der Übertragung eines Handelsgeschäfts mit der Firma ist der Veräußerer zur Geltendmachung der im Betriebe begründeten Forderungen nicht mehr befugt.

9. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 64—66. Haftungsausschluß. Wenn Eintragung und Bekanntgabe (oder Mitteilung) des Haftungsausschlusses dem Beginne der Fortführung des Geschäfts nachfolgen, so müssen sie, damit der Ausschluß den Gläubigern gegenüber wirksam wird, dem Beginne der Fortführung unverzüglich nachfolgen. Was unverzüglich ist, bestimmt sich nach Lage des Einzelfalls.

§ 28. **RG.** R. **14** Nr. 1721. Hat die Gesellschaft die auf dem eingelegten Vermögensstück haftenden Schulden dem Einlegenden gegenüber nicht übernommen, so kann sie von ihm Befreiung von der ihr aus § 28 erwachsenen Haftung für die Schulden, und, falls sie diese ganz oder teilweise hat tilgen müssen, Ersatz des Aufgewendeten beanspruchen.

§ 29. S. Art. 5 EGHGB.

§ 30. S. §§ 13, 17, 18.

§§ 33—35. S. Art. 5 EGHGB.

§ 37. 1. FrankfRundsch. **48** 30—34 (KG.). Wenn auch der Registerrichter von Amts wegen gegen den unbefugten Gebrauch einer Firma einzuschreiten hat, so ist es doch dritten Personen unbenommen, beim Registerrichter ein Einschreiten gegen unbefugten Firmengebrauch in Anregung zu bringen. Wird dieser Anregung nicht stattgegeben, so steht den Dritten die Beschwerde gegen den ablehnenden Bescheid jedoch nur dann zu, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für die Einlegung der Beschwerde gegeben sind. Dazu genügt aber nicht ein bloßes Interesse an der Beseitigung der Verfügung.

2. SächsRpflA. **14** 214 f., SeuffA. **69** 106—108, ZBlFG. **14** 816 (Dresden). Als firmenrechtlicher Gebrauch gelten nur Handlungen und, wie z. B. die Nichtentfernung der alten Firma von der Ladentüre des neuen Geschäfts, solchen gleichzuachtende Unterlassungen, die den Willen erkennen lassen, bei dem Betriebe des Handelsgeschäfts sich der Firma im Sinne des § 17 HGB. zu bedienen. Dieser Wille gelangt durch die Art des Vertriebs der Verlagswerke seitens des Geschäftsnachfolgers, der — nach Erwerb des Geschäfts unter Eigentumsvorbehalt — die den Aufdruck des Verlags des Geschäftsvorgängers enthaltenden Bücher verkauft hat, nicht zum Ausdrucke. S. auch § 18.

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§ 38. S. § 13.

§§ 39, 40. 1. RJA. **13** 116 ff., ZBlFG. **14** 115 f. (Karlsruhe). Befugnis des Registerrichters, eine bei ihm eingereichte Bilanz zu beanstanden, deren Unrichtigkeit sich aus dem Handelsregister selbst ergibt.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 153. Die Vorschriften des § 40 HGB. sind insofern dispositiver Natur, als eine niedrigere Bewertung der Aktiven, insbesondere höhere Abschreibungen auf die Betriebsgegenstände, nicht gegen das öffentliche Recht verstoßen. Bei einer Gesellschaft bedarf es hierzu aber des Einverständnisses der Gesellschafter. Fehlt es an der Einstimmigkeit, so müssen die Abschreibungen auf ihren eigentlichen Zweck, die Wertminderung infolge Zeitablaufs zum Ausdrucke zu bringen, beschränkt bleiben.

3. **RG.** BayRpflZ. **14** 172. Ist ein Kaufmann so krank, daß er die Bilanz auch unter Mitwirkung einer Hilfskraft nicht ziehen kann, sondern durch einen anderen ziehen lassen müßte, so kann er für die Unterlassung nicht bestraft werden.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 48. 1. ZBlFG. **14** 24 f. (Leipzig). Dem Aufsichtsrat einer AG. kann durch den Gesellschaftsvertrag rechtswirksam auch die Befugnis zur Bestellung von Prokuristen eingeräumt werden. Es ergibt sich dies aus §§ 246 Abs. 3 und 238 HGB.

2. SächsOLG. **35** 188—190, OLG. **28** 343 f., DNotV. **14** 741, ZBlFG. **14** 34, LeipzZ. **14** 967, SächsRpflA. **14** 158—160. a) Gesamtprokura im Sinne des § 48 Abs. 2 HGB. ist bei einer oHG. und bei einer AG. auch in der Form zulässig, daß neben dem bestellten Prokuristen ein Gesellschafter bzw. ein Vorstandsmitglied zur Vertretung der Gesellschaft mitzuwirken hat. b) Wenn zur Vertretung einer AG. durch einen Prokuristen die Mitwirkung von Mitgliedern des Vorstandes vorgesehen und beim Fehlen eines weiteren Prokuristen nötig ist, so läßt dies die Vertretungsmacht unberührt, die dem Vorstand als solchem zusteht; zur Vertretung der Gesellschaft bedarf dann nur der Prokurist der Mitwirkung des (einzigen) Vorstandsmitglieds, nicht aber umgekehrt auch dieses der Mitwirkung des Prokuristen.

§§ 50, 51. S. § 13.

§ 53. LeipzZ. **14** 1398 f., DNotV. **14** 740 (BayObLG.). Bei der Anmeldung der Erteilung einer Prokura zum Handelsregister kann der Prokurist einer AG. nicht mitwirken; denn die Anmeldung ist nicht eine Pflicht der Gesellschaft, sondern des Vorstandes als solchen.

§ 54. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 105 f. Die in den Satzungen einer Gesellschaft (Gewerkschaft X.) vorgeschriebene besondere Ermächtigung zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten kann auch stillschweigend erteilt werden.

2. HansGZ. **14** Hptbl. 117—119 (Hamburg). Hat die Beklagte ihren Handlungsgehilfen in einer solchen Weise in ihrem Geschäftsbetrieb als für sie verfügungsberechtigt auftreten lassen, daß die Klägerin ihn auch bei den hier streitigen Bestellungen und Lieferungen, bei denen er tatsächlich betrügerisch gehandelt hat, als den Bevollmächtigten der Beklagten hat ansehen dürfen, so haftet diese.

3. JBl. **14** 198—200 (ÖstOGH.). Ungeachtet der im internen Verkehre bestehenden Beschränkung der Bevollmächtigung des Angestellten muß im gegebenen Falle der Prinzipal die an jenen geleisteten Zahlungen als an sich selbst erfolgt gelten lassen, weil vom Prinzipal der äußere Tatbestand gesetzt worden ist, vermöge dessen der Angestellte als von ihm zur Einkassierung der beiden Fakturen ermächtigt angesehen werden mußte und der Dritte auf dieser Grundlage die Zahlung geleistet hat.

4. BankA. **13** 278 (Hamburg). Ein Kaufmann, der in seinem Geschäftsbetrieb einen Telephonverkehr eröffnet, kann, wenn Streit darüber entsteht, ob bei tele-

phonischen Abschlüssen ein zur Vertretung seines Geschäfts Berufener mit dem anderen Teile verhandelt hat, sich nicht auf bloßes Bestreiten beschränken, er muß aufklären, wer am Telephon gewesen ist.

§ 55. HansGZ. **14** Hptbl. 72 (Hamburg). Der Abschluß fester Geschäfte fällt regelmäßig nicht in den Kreis der Tätigkeit eines Reisenden.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Exkurs. Kaufmannsgericht. 1. GewuKfmG. **19** 400—403 (KfmG. u. LG. Hamburg). In der vertraglichen Vereinbarung zwischen einem Prinzipal und seinem in einer ausländischen Niederlassung angestellten Gehilfen, wonach für beide Teile deutsches Recht gelten soll, kann die Vereinbarung der Zuständigkeit eines deutschen Kaufmannsgerichts gefunden werden. Als örtlich zuständig kann alsdann das Gericht der Hauptniederlassung des Prinzipals angesehen werden.

2. SächsRpflA. **14** 215 f. (Dresden). Die Tantieme bildet einen Teil des Gehalts im Sinne des § 4 KfmGG.

3. GewuKfmG. **19** 278—280 (KfmG. Schöneberg). Wenn ein Ehepaar gegen einheitliches Gehalt angestellt ist, so ist für die Frage der Zuständigkeit das beiderseitige Gehalt zusammenzurechnen.

4. SächsRpflA. **14** 327 f. (LG. Dresden). § 5 ZPO. findet bei Berechnung der Berufungssumme, wenn Klage und Widerklage erhoben ist, in Gewerbe- und Kaufmannsgerichtssachen nicht Anwendung. Es findet deshalb eine Zusammenrechnung statt.

5. SeuffA. **69** 33 f., OLG. **29** 6 f. (München). Für Klagen gegen eine Konkursmasse als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners ist das Kaufmannsgericht zuständig, wenn es gegen diesen selbst zuständig gewesen wäre.

6. OLG. **29** 7 (Kiel). Für die Klage auf Zahlung von Fehlbeträgen, zu deren Erstattung sich der Handlungsgehilfe urkundlich verpflichtet hatte, ist das Kaufmannsgericht nicht zuständig. Es handelt sich nicht um „Leistungen aus dem Dienstverhältnisse". Die eingeklagten Forderungen sind allerdings aus Anlaß des Dienstvertrags entstanden, sie haben aber ihren Rechtsgrund in besonderen Tatsachen, die außerhalb des Rahmens der durch den Dienstvertrag begründeten Rechte und Pflichten liegen.

7. GewuKfmG. **19** 382 f. (LG. Nürnberg). Für Ansprüche des Prinzipals gegen seinen Provisionsreisenden auf Erstattung einkassierter, nicht abgeführter Kundenzahlungen ist das Kaufmannsgericht zuständig.

8. LeipzZ. **14** 1578 (Hamburg). § 505 ZPO. gestattet die Verweisung auch an das Gewerbe- und Kaufmannsgericht.

§ 59. A. Begriff. I. Literatur. 1. Erdel, Handlungsgehilfe oder Handlungsagent? BadRpr. **14** 19 f. Die von den Parteien gewählte Bezeichnung kann keinesfalls zur Auslegung des Vertragsverhältnisses herangezogen werden. Es wäre ratsam, auch die Handlungsagenten bis zur Einkommensgrenze von 5000 M. der Rechtsprechung des Kaufmannsgerichts zu unterstellen.

2. Erdel, Handlungsgehilfe und Handlungsagent, GewuKfmG. **19** 265—269, wendet sich dagegen, die von den Parteien gewählte Bezeichnung auch nur als Indiz für die rechtliche Charakterisierung des Verhältnisses als eines Agenturverhältnisses zu verwerten, und empfiehlt die Ausdehnung des § 1 KfmGG. auch auf die Handlungsagenten.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** SeuffA. **69** 239—241. Der Beklagte war Handlungsgehilfe, nicht Gesellschafter. Daß die Entlohnung durch einen Anteil am Gewinn erfolgen sollte, zwingt nicht zur Annahme einer Gesellschaft, und die unbestrittene Tatsache, daß der Beklagte an einem Verluste nicht teilnehmen sollte, spricht gegen eine solche Annahme. Davon, daß der Beklagte einen Einfluß auf

den Gesamtbetrieb haben sollte, ist im Vertrage keine Rede. Mag er auch vielleicht innerhalb des Betriebs der Blusenabteilung selbständig gewesen sein, so stand er doch unter der allgemeinen Geschäftsleitung des Klägers.

2. GewuKfmG. **19** 397—399 (Stuttgart). Wann ist der Geschäftsführer in einem Automatenrestaurant Handlungsgehilfe?

3. GewuKfmG. **19** 300 f. (KfmG. Stuttgart). Die Empfangsdame eines Photographen ist regelmäßig Gewerbe-, nicht Handlungsgehilfin.

4. GewuKfmG. **19** 381 (KfmG. Chemnitz). Die Verkäuferin einer Warenhauskantine ist nicht Handlungs-, sondern Gewerbegehilfin.

5. GewuKfmG. **19** 227 (KfmG. München). Wanderdekorateure, d. h. Dekorateure, die bei verschiedenen Firmen im Turnus die Schaufensterdekorationen gegen Bezahlung besorgen, sind nicht Handlungsgehilfen. Es fehlt am „Anstellungsverhältnisse".

B. Rechtliche Stellung. I. Literatur. 1. Krönig, Die Haftung des Filialleiters für Manko, GewuKfmG. **19** 313—319. Ist der Filialleiter in der Filiale allein tätig, und hat er die Filiale unter seinem alleinigen Verschlusse, so läßt die herrschende Meinung den Filialleiter unbedingt haften, es sei denn, daß er sich seinerseits exkulpieren kann, während im umgekehrten Falle der Prinzipal dem Filialleiter ein für die Entstehung des Mankos kausales Verschulden nachweisen muß.

2. Marquardt, Die Angestelltenerfindung, RuW. **3** 188—191. Der Verf. will den Erfinderschutz dem Angestellten, dessen Tätigkeit kraft seines Dienstvertrags im Erfinden oder Miterfinden besteht, versagen und ihn völlig dem Dienstherrn zusprechen. Er wendet sich gegen den Entwurf des Patentgesetzes, das die Frage durch ein halbes und willkürliches Kompromiß zu regeln suche.

3. Den gegenteiligen Standpunkt — zugunsten der Angestellten — vertritt Loewenfeld, Der Erfinderschutz der Privatangestellten nach geltendem Rechte und nach dem Entwurfe des Patentgesetzes (München-Leipzig, 1914).

II. Rechtsprechung. R. **14** Nr. 457 (Hamburg). Der Kaufmann, der einen Angestellten gegen hohes Gehalt zu seiner Vertretung in das Ausland schickt, ist berechtigt, besonders hohe Anforderungen an die Zuverlässigkeit des Angestellten zu stellen. Er ist daher berechtigt, den Anstellungsvertrag anzufechten, wenn er erfährt, daß der Angestellte sich in einer früheren Stellung in einer Weise benommen hat, die mit kaufmännischem Anstande nicht zu vereinen ist.

§ 60. I. Literatur. Finger, Vertrauensbrüche von Angestellten nach Beendigung des Dienstverhältnisses, BankA. **13** 181—185. Nach ordnungsmäßiger Lösung des Dienstverhältnisses kann der Angestellte Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Prinzipals anderen mitteilen und sie selbst verwerten, letzteres sogar schon nach erfolgter Kündigung zur Vorbereitung seiner eigenen Niederlassung.

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **14** Hptbl. 195—197 (Hamburg). Eine Unterlassungsklage gegen den früheren Angestellten, der sich in unlauterer Weise während seiner Tätigkeit Kenntnisse von Geschäftsdetails verschaffte und diese aufzeichnete, ist, vorausgesetzt, daß jene unlauteren Maßnahmen die Kenntnis des Angestellten nicht überhaupt ermöglichten, sondern nur erleichterten und beschleunigten, weder dahin zulässig, „er dürfe an Kunden des früheren Prinzipals keine Angebote machen", noch auch mit der Einschränkung: „er dürfe an Kunden des früheren Prinzipals keine Angebote unter Benutzung jener Aufzeichnungen machen."

2. HansGZ. **14** Hptbl. 105 f., LeipzZ. **14** 1226—1228 (Hamburg). Der Geschäftsherr hat Anspruch auf Herausgabe der Schmiergelder, die der Beauftragte „wegen des Abschlusses aufgetragener Geschäfte" erhielt. Es kommt wesentlich darauf an, ob eine so enge Wechselbeziehung zwischen der Geschäftsbesorgung und

den Zuwendungen besteht, daß gesagt werden muß, der Geschäftsführer habe die Zuwendungen „aus der Geschäftsbesorgung" erlangt.

3. OLG. **28** 187, SächsRpflA. **14** 140 f. (Dresden). Es muß einem Angestellten, der sich selbständig machen will, nachgelassen werden, die zur Gründung seines Geschäfts erforderlichen Maßnahmen bereits zu der Zeit zu treffen, wo sein bisheriges Dienstverhältnis noch besteht, wenigstens schon innerhalb des Zeitraums zwischen der Kündigung und der Beendigung des Dienstverhältnisses. Jene Maßnahmen stellen sich lediglich als Vorbereitungshandlung dar, nicht schon als Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne des § 60 Abs. 1 HGB. Wohl aber verpflichten die Gründung und der in Aussicht stehende Betrieb eines Konkurrenzgeschäfts den Angestellten bis zur Beendigung seines Dienstverhältnisses zu besonders sorgfältiger Beobachtung der ihm dem Prinzipale gegenüber obliegenden Pflichten. Es kann schon der Verdacht, daß der Angestellte das Personal seines Chefs zu sich hinüber zu ziehen versucht, zur fristlosen Aufkündigung des Angestellten genügen.

4. GewuKfmG. **19** 275 f. (KfmG. Fulda). Hilft eine Abteilungsleiterin in einem Modewarengeschäfte, die ihre Stellung gekündigt und bereits eine neue in einem Konkurrenzgeschäft angenommen hat, ihrem zukünftigen Prinzipale beim Aussuchen der Kollektion für die nächste Saison, so stellt dies einen Grund zur sofortigen Entlassung nicht dar.

§ 62. BadRpr. **14** 123—125 (Karlsruhe). Erleidet ein Dienstverpflichteter einen Schaden, weil der Dienstberechtigte die ihm nach § 618 BGB. obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt, so kann der Verletzte seinen Schadensersatzanspruch nicht nur auf § 618, sondern auch auf § 823 Abs. 2 BGB. stützen.

§ 63. A. Allgemein. I. Literatur. Baum, GuKfmG. **19** 333 f. — gegen Prahl, GuKfmG. **19** 282 f. — Bei Abdingung des § 63 HGB. ist der ganze Vertrag gemäß § 139 BGB. als nichtig anzusehen.

II. Rechtsprechung. 1. GuKfmG. **19** 354—356 (KfmG. Chemnitz). Auch die Abrede, daß im Krankheitsfalle das ganze Gehalt abgezogen werden dürfe, ist nichtig. Es ist dies aus § 63 Abs. 2 HGB. zu folgern.

2. GuKfmG. **19** 330 (KfmG. Neukölln). Die Aufnahme in eine Erholungsstätte auf Anordnung einer Landesversicherungsanstalt ist nicht als „unverschuldetes Unglück" im Sinne des § 63 HGB. anzusehen.

B. Ist Einberufung zum Kriegsdienst als „unverschuldetes Unglück" anzusehen? I. Bejaht haben die Frage 1. in der Literatur: **a)** Kipp, Non silent leges inter arma, RuW. **14** 209 ff.; **b)** Oertmann, Einfluß von Mobilmachung und Kriegsausbruch auf vertragsrechtliche Verhältnisse, BankA. **13** 387 ff.; **c)** Oertmann, Kriegs- und Arbeitsvertrag, GuKfmG. **20** 8 ff.

2. in der Rechtsprechung: die KfmG. **a)** Mannheim, **b)** Dresden, **c)** Duisburg, GuKfmG. **20** 24 ff., 62 f., 121 ff., und **d)** — nach einer Mitteilung in den Tageszeitungen — KfmG. und LG. Cöln.

II. Verneint haben die Frage: 1. in der Literatur: **a)** Baum, Der Einfluß des Krieges auf den Arbeitsvertrag und die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, GuKfmG. **19** 409 ff.; **b)** Fromherz, Einfluß des Krieges auf Rechtsverhältnisse des Privatrechts, BadRpr. **14** 179 ff.; **c)** Grünberg, Krieg und Arbeitsvertrag nach deutschem und österreichischem Rechte, GuKfmG. **20** 49 ff.; **d)** Heidenfeld in PotthoffsZ. für ArbR. mit eingehender Zusammenstellung der Literatur und Rechtsprechung; **e)** Menne, Krieg und Gehalt, DJZ. **14** 1106 f.; **f)** Schultz, Der Einfluß des Krieges auf das Arbeitsverhältnis, KGBl. **14** 110 f.; **g)** Schneider, Vom Rechte in Kriegszeiten, DJZ. **14** 1033 ff., sowie — nach Mitteilung Oertmanns — **h)** Auslassungen des Verbandes deutscher Hand-

lungsgehilfen zu Leipzig; **i)** der Berliner Handelskammer; **k)** des Verbandes Sächsisch-Thüringischer Industrieller.

2. in der Rechtsprechung: die KfmG. **a)** Stettin, **b)** Görlitz, **c)** Hamburg, **d)** Hannover, GuKfmG. **20** 62, 64, 65, 98 f., **e)** AG. Essen, ebenda **20** 106 f., und **f)** KfmG. Leipzig, dessen Entscheidung die Billigung **g)** des LG. Leipzig und **h)** des OLG. Dresden gefunden hat, GuKfmG. **20** 94 ff., 129 ff.

§ 64. I. Allgemeines. 1. **RG.** SeuffA. **69** 239—241, BauersZ. **21** 165 f. Daß ein Handlungsgehilfe für seine Dienste durch Gewährung eines Anteils am Reingewinn entlohnt wird, kommt häufig vor und wird allgemein als zulässig betrachtet. Das gilt auch, wenn der Gewinnanteil nicht neben einem festen Gehalt, sondern an Stelle eines solchen gewährt wird. Einen Verstoß gegen die guten Sitten kann man darin nur dann finden, wenn die besonderen Umstände des Falles die Vereinbarung als verwerflich erscheinen lassen.

2. KGBl. **14** 8 (LG. I Berlin). Der Anspruch auf Vergütung wegen vorzeitiger Entlassung ist ein Vertragsanspruch. Er unterliegt deshalb den Pfändungsbeschränkungen des LohnBG.

3. SchlHolstAnz. **14** 205 f. (Kiel). Das Vorzugsrecht aus § 61 KO. wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Angestellte einen Teil seiner Dienstbezüge durch Beteiligung am Gewinn erhalten sollte.

4. GuKfmG. **19** 537 f. (LG. Osnabrück). Der Handlungsgehilfe, der sich auf Aufforderung vorstellt, hat Anspruch auf Ersatz der Reisekosten, wenn der Vertrag nicht zustande kommt.

II. Aufrechnung und Zurückbehaltung. 1. BauersZ. **22** 20 f. (KfmG. Berlin). Der Angestellte kann, auch wenn ihm auf den unpfändbaren Gehaltsteil sich erstreckende Vorschüsse vom Prinzipal gegeben worden sind, gleichwohl bis zu 125 M. monatlich sein Gehalt gezahlt verlangen. Der Chef ist nicht vor anderen Gläubigern vorberechtigt.

2. HansGZ. **14** Beibl. 63 f. (Hamburg). Gehalt, gegen das nicht aufgerechnet werden könnte, kann wegen einer Gegenforderung zurückbehalten werden.

3. Dagegen OLG. **28** 61 f. (Naumburg). Keine Zurückbehaltung, wenn die Aufrechnung ausgeschlossen ist.

4. Ebenso OLG. **28** 62 f. (Cassel).

III. Gratifikation. 1. Literatur. **a)** v. Duhn, Mohr, Ritter, Tantieme des Handlungsgehilfen, LeipzZ. **14** 1012—1014. Ein Rechtsanspruch besteht nur auf die vertraglich zugesagte Tantieme, er entsteht nicht dadurch, daß sie dem Handlungsgehilfen jahrelang alljährlich gewährt worden ist. **b)** Citron, Gratifikationsvereinbarungen, DJZ. **14** 365—367. Eine Vereinbarung, die neben dem Gehalt eine freiwillige und vom Verbleiben im Geschäfte abhängige Gratifikation in Aussicht stellt, verstößt gegen die guten Sitten, wenn das fixe Gehalt erheblich unter den angemessenen Betrag herabsinkt. Ist eine Abrede der erwähnten Art gemäß § 138 BGB. nichtig, so hat der Angestellte neben seinem Gehalte nicht die in Aussicht gestellte Gratifikation, sondern gemäß § 812 BGB. für seine Leistungen angemessene Vergütung zu beanspruchen.

2. Rechtsprechung. **a)** **RG.** SeuffA. **69** 71—73 über die rechtliche Natur der sog. Weihnachtsgratifikationen an Handlungsgehilfen und der darauf geleisteten Vorschüsse. Nach der Auffassung des Verkehrs sind die Weihnachtsgratifikationen keine reinen Freigebigkeiten der Dienstberechtigten, deren Gewährung ihrem Belieben anheimgestellt wäre. Sie stellen vielmehr eine Vergütung besonderer Art neben dem Gehalte dar, die insbesondere den Zweck hat, den Angestellten für das Ausharren im Dienste zu belohnen und ihn zur Fortsetzung der Dienste anzuspornen Deshalb ist auch regelmäßig die Entstehung des Anspruchs davon abhängig, daß der Angestellte bis Weihnachten im Dienste verbleibt. Der Prinzipal kann aber zur Ge-

währung der Gratifikation dann nicht verpflichtet werden, wenn vor Weihnachten durch Verschulden des Angestellten eine Sachlage geschaffen wird, die eine Kündigung des Dienstverhältnisses als billig und gerecht erscheinen läßt, und zwar auch dann, wenn die Kündigung erst zu einer Weihnachten nachfolgenden Zeit in Wirksamkeit tritt. Der Grund, der den Prinzipal zur Verweigerung der Gratifikation berechtigt, braucht nicht notwendig ein wichtiger im Sinne des § 70 HGB. zu sein. Vorschüsse auf die in Aussicht gestellten Weihnachtsgratifikationen, die von den Arbeitgebern an die Angestellten gewährt werden, sind, wie auch § 196 Nr. 8 BGB. erkennen läßt, regelmäßig keine Darlehen, weil sie in Erfüllungs- und nicht in Verpflichtungsabsicht gegeben werden. Es bedarf besonderer Umstände zur Annahme des Darlehnscharakters. **b)** ZAktWes. **14** 150 f. (KfmG. Hamburg). Der Bankangestellte hat keinen Anspruch auf Gratifikation, wenn bei Vertragsschluß auf die Freiwilligkeit der Remuneration hingewiesen worden ist, mag er sie auch in jahrelanger Übung gezahlt erhalten haben. **c)** GuKfmG. **19** 325—328 (KfmG. Hamburg). Gratifikation der Bankangestellten. Wider die guten Sitten verstößt nicht die Abrede, nach welcher kein Rechtsanspruch auf die Gratifikation besteht, und die Auszahlung von vornherein ausgeschlossen ist, wenn der Angestellte vor dem Zahlungstag ausscheidet. **d)** Hingegen ist der Anspruch auf Zahlung der Gratifikation begründet, wenn das Verhältnis der Gratifikationen zu den eigentlichen Gehaltsbeträgen derart ist, daß die Gratifikationen als ein Teil des Gehalts aufgefaßt werden müssen, GuKfmG. **19** 328 f. (KfmG. Berlin).

§ 65. 1. OLG. **28** 344—347 (München). Der gewinnbeteiligte Handlungsgehilfe braucht sich vom Gewinne nichts abziehen zu lassen, um Verluste zu decken, die vor Beginn seiner Gewinnbeteiligung bereits entstanden waren.

2. OLG. **28** 181 f., BauersZ. **21** 173, BreslauAK. **14** 25 f. (Breslau). Der tantiemeberechtigte Angestellte kann die beschlossene Dividende nicht anfechten. Nur wenn der auf sie bezügliche Generalversammlungsbeschluß nichtig oder wenn die Dividende absichtlich zum Nachteile des Angestellten zu niedrig festgesetzt ist, braucht er sie sich nicht schlechthin entgegenhalten zu lassen.

§§ 66—69. I. Literatur. 1. *Fürnrohr, JW. **14** 282 f. Wenn die über die Kündigungsfrist getroffene Vereinbarung wegen gesetzwidriger Kürze dieser Frist nichtig ist, so tritt an Stelle der nichtig vereinbarten Frist nicht die kürzeste, vereinbarungsmäßig festsetzbare Frist von 1 Monat, sondern die gesetzliche Frist von 6 Wochen (aM. Staub, Anm. 6 zu § 67).

2. Leo, Engagement auf Probe, DJZ. **14** 295—297. Ein Probeengagement ist ein solches, während dessen jeder Teil jederzeit ohne vorgängige Aufkündigung zurücktreten kann. Ist eine bestimmte Frist gesetzt, so wird die Möglichkeit des Rücktritts durch diese Frist begrenzt. Nach ihrem Ablaufe geht mangels besonderer Abrede das Probeengagement in ein festes über. Ist keine Frist bestimmt, so hat im Zweifel der Richter zu entscheiden, wie lange das Vertragsverhältnis als Probeengagement zu gelten hat, ob und event. wann es in ein festes übergegangen ist.

II. Rechtsprechung. 1. GuKfmG. **19** 304 f. (KfmG. Halle). § 67 Abs. 1 HGB. handelt lediglich von Kündigungsfristen und verbietet nicht den Abschluß eines Vertrags auf kürzere als Monatsfrist.

2. GuKfmG. **20** 66 (KfmG. Aue). Eine Kündigung verstößt wider Treu und Glauben, wenn mit Rücksicht auf den Krieg vorher eine Gehaltsherabsetzung vereinbart ist. In dieser Vereinbarung ist gleichzeitig ein Kündigungsausschluß zu erblicken.

3. GuKfmG. **19** 329 (KfmG. Königsberg). Die Abrede, daß der Versicherungsinspektor im Kündigungsmonat nicht auf Kosten der Gesellschaft reisen darf und sich eine Kürzung des Gehalts gefallen lassen muß, ist als Verstoß gegen § 67 HGB. nichtig.

4. GuKfmG. **19** 227—229 (KfmG. Magdeburg). Die Abrede, daß der Angestellte das für die Urlaubszeit gezahlte Gehalt — beim Ausscheiden innerhalb bestimmter Frist — zurückzahlen muß, ist rechtsgültig.

5. GuKfmG. **19** 229—231 (KfmG. Stuttgart). Der Angestellte, der irrtümlich glaubt, gegen tägliche Kündigung angestellt zu sein, und mit seinem Austritt einverstanden war, kann nicht das Einverständins anfechten und Entschädigung für die gesetzliche Kündigungszeit verlangen. Ein Irrtum über gesetzliche Bestimmungen berechtigt nicht zur Anfechtung nach § 119 BGB.

§ 70. A. Allgemein. **RG** GruchotsBeitr. **58** 929—931, BauersZ. **22** 25 f. Der zu Unrecht entlassene Geschäftsleiter muß das Anerbieten der Fortbeschäftigung nur annehmen, wenn der Geschäftsherr klar zu erkennen gibt, daß die Entlassung zu Unrecht erfolgt sei.

B. Krieg als wichtiger „Grund" für die Aufkündigung des Vertragsverhältnisses. I. Literatur. 1. Baum, Der Einfluß des Krieges auf den Arbeitsvertrag und die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, GewuKfmG. **19** 409—415. Die wirtschaftlichen Begleiterscheinungen des Krieges sind noch kein Grund zur fristlosen Aufkündigung des Angestellten; es sei denn, daß ein nicht abzuwendender Zwang zur Schließung des Betriebs eintritt.

2. Fromherz, Einfluß des Krieges auf Rechtsverhältnisse des Privatrechts, BadRpr. **14** 179—183. Einberufung des Dienstverpflichteten zum Kriegsdienst infolge seiner Dienst- oder Wehrpflicht ist stets ein wichtiger Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses mit sofortiger Wirkung. Der Dienstverpflichtete verliert den Anspruch auf die Vergütung mit dem Tage, da er den Dienst verläßt. Für den Dienstherrn wird die Einberufung zum Kriegsdienste, mag sie auf Grund der Dienstpflicht oder auf freiwilliger Gestellung erfolgen, einen wichtigen Grund zur Entlassung eines Dienstverpflichteten dann nicht abgeben, wenn das Geschäft ohne erheblichen Schaden auch ohne seine persönliche Leitung weitergeführt werden kann.

3. Oertmann, Einfluß von Mobilmachung und Kriegsausbruch auf vertragsrechtliche Verhältnisse, BankA. **13** 387—393. Die Einberufung zur Fahne wird in den meisten Fällen ein wichtiger Grund zur Aufkündigung des Dienstverhältnisses für beide Teile sein, nicht dagegen die bloße Besorgnis, daß die Dienste in der Zukunft nicht mehr ausgeführt werden könnten.

4. Schultz, Der Einfluß des Krieges auf das Arbeitsverhältnis, KGBl. **14** 110—112. Der Umstand, daß das Geschäft infolge des Krieges unrentabel geworden ist oder daß keine Arbeit vorliegt, berechtigt weder den Arbeitgeber noch den Arbeitnehmer zur fristlosen Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses.

II. Rechtsprechung. 1. GewuKfmG. **20** 23 f. (KfmG. Frankfurt a. M.). Der mit dem Ausbruche des Krieges verbundene wirtschaftliche Rückgang des Geschäfts stellt keinen Grund zur fristlosen Aufkündigung des Handlungsgehilfen dar.

2. Ebenso GewuKfmG. **20** 30—32 (KfmG. Breslau).

3. Ebenso — selbst in dem Falle, daß der als Reisende angestellte Handlungsgehilfe Beschäftigung im Innendienst ablehnt — GewuKfmG. **20** 29 f. (KfmG. München).

4. Hingegen besteht dann ein wichtiger Grund zur fristlosen Aufkündigung, wenn infolge des Krieges unbedingt nötige Fabrikationsmaterialien beschlagnahmt werden und deshalb der Betrieb geschlossen wird, GewuKfmK. **20** 26 f. (KfmG. Jena).

5. Jedoch dann wiederum nicht, wenn der Angestellte in einer anderen Sparte des Betriebs beschäftigt werden konnte, GewuKfmG. **20** 29 (KfmG. Leipzig).

C. Ist Zugehörigkeit zu einem feindlichen Staate ein Entlassungsgrund? Die Frage wird

1. verneint:
   I. In der Literatur von
      a) Lotmar, GewuKfmG. **20** 41—46, b) Meyerstein, ebenda 46—48, c) Mantel, ebenda 49.
   II. In der Rechtsprechung. a) GewuKfmG. **20** 67 f. (KfmG. Schöneberg), b) ebenda 22 f. (KfmG. Berlin), c) ebenda 32 (KfmG. Berlin).
2. bejaht dagegen GewuKfmG. **20** 66 f. (KfmG. Berlin).

§ 71. S. § 70.

§ 72. A. Allgemein. 1. GewuKfmG. **19** 276—278 (KfmG. u. LG. Heilbronn). Ein Korrespondent, dessen Leistungen nicht genügen, muß sich als Buchhalter weiterbeschäftigen lassen. Seine Weigerung, diese Dienste zu leisten, berechtigt zur fristlosen Kündigung.

2. GewuKfmG. **19** 422 f. (KfmG. Mannheim). Eine Kontorangestellte muß sich eine im Geschäftsbetrieb übliche Arbeitzeitverlängerung in der Saison gefallen lassen.

3. GewuKfmG. **19** 229 (KfmG. Augsburg). Bleibt eine Verkäuferin wegen Ablebens ihres Bruders zwei Tage vom Geschäfte fern, so ist das noch kein Grund zur fristlosen Kündigung.

4. **RG.** LeipzZ. **14** 579 f. Fortgesetzte Verkäufe unter den dem Handlungsreisenden aufgegebenen Listenpreisen stellen einen wichtigen Grund zur sofortigen Entlassung dar.

B. Krieg als Aufkündigungsgrund. 1. Grünberg, Krieg und Arbeitsvertrag nach deutschem und österreichischem Rechte, GewuKfmG. **20** 49—56. Ob auch die „Kriegsdienstleistung" unter „militärischer Dienstleistung" im Sinne des § 72 Ziff. 3 HGB. verstanden werden kann, ist zweifelhaft.

2. Hippe, Krieg und Arbeitsvertrag, GewuKfmG. **20** 37 f. Ob die „Kriegsdienstleistung" unter § 72 Ziff. 3 (militärische Dienstleistung) fällt, kann zweifelhaft sein, hingegen fällt sie unter die Alternative „längere Abwesenheit". Wird der Handlungsgehilfe vorzeitig vom Militär entlassen und stellt bald seine Dienste dem Prinzipal wieder zur Verfügung, so ist die erfolgte Kündigung mangels der erforderlichen Voraussetzung unzulässig und der Gehaltsanspruch begründet. (S. ferner §§ 63, 70.)

§ 73. I. Literatur. 1. Schmaltz, Das Arbeitszeugnis (Berlin 1913).

2. Freund, Kann der Handlungsgehilfe schon nach der Kündigung ein Zeugnis verlangen? GewuKfmG. **19** 405—407. Der Verf. bejaht die Frage nach Anführung der darüber bestehenden Literatur.

3. Schmincke, GewuKfmG. **19** 331—333. Der Handlungsgehilfe kann nicht schon nach der Kündigung ein Zeugnis verlangen.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 656—661, HansGZ. **14** Hptbl. 85—91, JW. **14** 83 Nr. 14, BauersZ. **21** 279—281. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt bei einer Auskunft des Prinzipals, in der die Redlichkeit des früheren Angestellten angezweifelt wird, nicht ohne weiteres schon dann vor, wenn der Prinzipal sich bewußt war, daß er keine genügenden Anhaltspunkte für die Anzweiflung der Redlichkeit hatte.

2. SeuffA. **69** 73 f., LeipzZ. **14** 198 (Hamburg). In dem ihm erteilten Zeugnis, er habe sich als tüchtiger, fleißiger Beamter gezeigt, der in seiner Verkaufsorganisationstätigkeit sehr erfolgreich gewesen sei, vermißt der Kläger mit Recht ein Urteil über seine Führung im allgemeinen. Darin, daß ihm bescheinigt ist, er sei ein fleißiger Beamter gewesen, liegt eine Beurteilung seiner Führung nur in einer Richtung. Ebensowenig vermag die Kennzeichnung des Klägers als eines tüchtigen Beamten

die Anforderungen, die der Angestellte in bezug auf das ihm gesetzlich zustehende Führungszeugnis zu stellen berechtigt ist, zu erfüllen. Ein solches darf, damit es seinen Zweck, dem Fortkommen des Angestellten zu dienen, erreiche, sich nicht darauf beschränken, die Führung des Handlungsgehilfen nur in einer begrenzten Beziehung der Kritik des Prinzipals zu unterwerfen, sondern es muß seiner Natur nach ein zusammenfassendes Urteil über das gesamte dienstliche Verhalten des Angestellten, soweit dessen Führung in Betracht kommt, enthalten.

§ 74. A. Das bisherige Recht. I. Begriff der Konkurrenz. 1. **RG.** BauersZ. **22** 22 f. über den Begriff des Konkurrenzgeschäfts. Maßgebend sind Genre der geführten Ware und Kundenkreis.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 102. Von einer Konkurrenz kann nur bei Handlungen gesprochen werden, die auf den Geschäftsbetrieb eines anderen ungünstig einwirken. Aus der Beschränkung eines Konkurrenzverbots auf bestimmte Zeit folgt, daß nur solche Handlungen als Konkurrenz gelten können, welche ihre nachteilige Wirkung auf den Geschäftsbetrieb des anderen schon während der Verbotszeit irgendwie äußern. Daher sind Handlungen, die nur eine nach der Verbotszeit beabsichtigte Konkurrenz vorbereiten, ohne schon vorher den Geschäftsbetrieb des anderen nachteilig zu beeinflussen, nicht als verbotene Konkurrenz anzusehen.

3. **RG.** BauersZ. **21** 236. Liegt nur ein Versuch einer verbotenen Konkurrenz vor, nicht aber eine zur Verwendung gekommene Konkurrenzhandlung, so ist damit das Konkurrenzverbot noch nicht übertreten.

4. WürttRpflZ. **14** 94 f. (Stuttgart). Die Auslegung einer Konkurrenzklausel. Das Verbot in einem bestimmten Bezirk ein gleichartiges Geschäft zu betreiben, oder sich an einem solchen zu beteiligen, umfaßt nicht ein Bereisen dieses Bezirkes, um für eine außerhalb derselben etablierte Firma Geschäfte zu machen.

5. BauersZ. **21** 166 (Hamburg). Wettbewerbsverbot in der „Umgebung von 20 km". Zweifellos haben die Parteien an einen Kreis gedacht, dessen Radius 20 km betragen sollte und nicht an eine Fläche, deren Gestalt von der mehr oder weniger geraden Führung der Straße abhängig sein würde.

6. GewuKfmG. **19** 399 f. (Chemnitz). Der Handlungsgehilfe, der sich im Konkurrenzgeschäfte seiner Schwiegermutter nützlich macht und dafür freien Unterhalt für sich und seine Frau erhält, verstößt gegen die Konkurrenzklausel.

II. Wirksamkeit der Klausel. 1. **RG.** BauersZ. **21** 212 f. erklärt ein zehnjähriges Konkurrenzverbot für einen Angestellten mit Rücksicht auf die Umstände des Falles als nicht gegen die guten Sitten verstoßend.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 78 f. Zurückführung einer unbilligen Konkurrenzklausel auf das zulässige Maß.

3. SchlHolstAnz. **14** 85—87 (Kiel). Nichtigkeit der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots, die unter Verpfändung des Ehrenworts des Verpflichteten eingegangen ist. Diese Nichtigkeit wird nicht durch nachträglichen Verzicht auf die ehrenwörtliche Bindung geheilt.

B. Das neue Recht. 1. Thulesius, Die Konkurrenzklausel mit besonderer Berücksichtigung des Entwurfes eines Gesetzes zur Änderung der §§ 74, 75 u. 76 Abs. 1 HGB. Der Verf. erörtert Wesen und Zweck der Konkurrenzklausel und spricht sich für ihre Beibehaltung aus.

2. *Baum, JW. **14** 1000. Gesetz vom 10. Juni 1914, Art. 3. Vom 1. Januar 1915 ab gilt für alle Wettbewerbsverbote mit Handlungsgehilfen sofort das neue Recht, und zwar sowohl für diejenigen, bei denen der Anstellungsvertrag noch ungekündigt läuft als auch bei denen, die zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes gekündigt waren, als auch bei denen, für die das Dienstverhältnis bereits vorher abgelaufen ist, deren Geltungsdauer aber noch läuft. Altes Recht ist nach dem 1. Januar 1915 nur insoweit anzuwenden, als die Geltungsdauer des Wettbewerbs-

verbots vollkommen abgelaufen ist und nur noch Ansprüche aus der Zeit seiner früheren Geltung (Vertragsstrafe bzw. Schadensersatz) geltend gemacht werden.

3. *Baum, Wettbewerbsverbot. Das Gesetz vom 10. Juni 1914 bezieht sich nur auf Handlungsgehilfen im Sinne des § 59, also z. B. nicht auf Vorstandsmitglieder einer AG., Geschäftsführer einer GmbH. Dies wird Anlaß zu Gesetzesumgehungen geben (79). Die Bestimmungen beziehen sich nur auf eine Beschränkung der Tätigkeit des Angestellten selbst, nicht auf die Tätigkeit der Ehefrau und sonstiger Angehöriger, soweit sie nicht selbst Handlungsgehilfen sind (83). Wettbewerbsverbot im Sinne des Gesetzes ist nicht nur die gänzliche Untersagung einer Konkurrenztätigkeit, sondern auch die Untersagung bestimmter Arten der Tätigkeit, es genügt auch schon die Verpflichtung zur Geheimhaltung bestimmter Geschäfts- und Fabrikgeheimnisse (84). Die Zubilligung der Karenzentschädigung muß gleichzeitig mit der Vereinbarung des Wettbewerbsverbots erfolgen. Abgesehen von der Übergangszeit ersetzt ein einseitiges Erbieten des Prinzipals zur Zahlung der Karenzentschädigung den Vertrag nicht (91). Bei Berechnung der Karenzentschädigung sind einzurechnen: Vereinbarte Gratifikationen und vom Prinzipal übernommene Beiträge für gesetzliche Versicherungen, soweit der Prinzipal mehr leistet als er gesetzlich verpflichtet ist; nicht einzurechnen: Versicherungsbeiträge im Umfange der gesetzlichen Verpflichtungen des Prinzipals, Sonderentschädigung für nichtkaufmännische Dienste, Leistungen an einen Dritten aus einem ernstgemeinten 1500 M.-Vertrage (93 ff.).

4. *Baum, Wettbewerbsverbot. Ein berechtigtes Interesse des Prinzipals kann auch noch nach Veräußerung des Geschäfts bei Tod oder Konkurs, bei Veränderung der Rechtsform des Unternehmens vorliegen, solange dieses noch nicht endgültig aufgegeben ist (99). Die zweijährige Frist beginnt erst mit der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses, nicht schon mit dem tatsächlichen Aufhören der Dienstleistung (104). Kommt der Prinzipal mit der Zahlung der Karenzentschädigung in Verzug, so hat der Gehilfe das Wahlrecht aus § 326 BGB. erst nach Setzung einer Nachfrist. Die Tatsache, daß der Gehilfe die Karenzentschädigung zum Unterhalte braucht, begründet noch nicht den Tatbestand des § 326 Abs. 2. Der Gehilfe steht besser, wenn er nicht den Rücktritt, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, da er dann in der Regel die Fortzahlung der Karenzentschädigung erreicht (117). Anrechnungspflichtig ist außer dem Erwerb auf Grund eines Dienstvertrags auch Erwerb im eigenen Geschäfte, nicht dagegen Erwerb aus einer Nebentätigkeit, die auch neben der bisherigen Stellung hätte ausgeübt werden können, Entschädigung für Ausübung eines öffentlichen Ehrenamts, Lotteriegewinn, Erwerb durch Spiel und Wette (126).

§ 75. A. Das bisherige Recht. 1. GewuKfmG. **19** 379 f. (KfmG. Schöneberg). Der Prinzipal, der dem Handlungsgehilfen gekündigt hat, kann zur Aufrechterhaltung der Konkurrenzklausel nicht geltend machen, es seien ihm nachträglich Gründe zur sofortigen Entlassung bekannt geworden. Maßgebend ist die Kündigung, wie sie ausgesprochen ist, nicht, wie sie hätte ausgesprochen werden können.

2. **RG.** BauersZ. **22** 22, BayRpflZ. **14** 100. Verpflichtet sich der Dienstleistende mit einer Vergütung von jährlich etwa 15 000 M. für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gegen die ihm nach dem Dienstvertrag obliegenden Verpflichtungen zu einer Vertragsstrafe von 20 000 M., so verstößt das gegen die guten Sitten. Schon die bloße Möglichkeit der Häufung der Strafen für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung mit Rücksicht darauf, daß das Jahreseinkommen des Dienstverpflichteten sich auf etwa 15 000 M. belief, läßt die Bindung durch Vertragsstrafen als unsittlich erscheinen; denn diese Möglichkeit der Häufung der Strafen hätte dahin führen können, daß der Dienstverpflichtete dem Dienstberechtigten in kurzer Zeit einen Betrag schuldig geworden wäre, der sein Jahreseinkommen in ganz außer-

ordentlichem Maße überstiegen und den Dienstverpflichteten wirtschaftlich zugrunde gerichtet hätte. Das widerspricht aber dem Gefühl aller gerecht und billig Denkenden.

3. **RG.** BauersZ. **21** 165. Hat der Angestellte bei seinem Ausscheiden aus der Stellung dem Prinzipal deutlich erklärt, daß er künftighin ein Konkurrenzunternehmen betreiben wolle, und wünschte ihm hierauf der Prinzipal in dem ihm ausgestellten Zeugnisse für sein neues Unternehmen von Herzen viel Glück, so hat er damit den Anspruch auf die Vertragsstrafe verwirkt. Es folgt dies aus der analogen Anwendung des § 341 Abs. 3 BGB.

B. Das neue Recht. 1. *Baum, Wettbewerbsverbot. Das Wettbewerbsverbot bleibt bestehen, wenn der Vertrag durch beiderseitige Vereinbarung vorzeitig aufgelöst wird. Dies ist auch der Fall, wenn der Handlungsgehilfe eine an sich wirkungslose Kündigung annimmt (133).

2. *Baum, JW. **14** 1000. Die hier vorgesehene Verzichterklärung kann der Prinzipal auch bei solchen Wettbewerbsverboten des alten Rechtes abgeben, in denen bereits eine Karenzentschädigung vorgesehen war, wenn das Dienstverhältnis am 1. Januar 1915 noch läuft.

3. *Baum, Wettbewerbsverbot. Für eine Tätigkeit außerhalb Europas sind auch die Geschäftsreisenden angenommen, die für deutsche Geschäftshäuser überseeische Staaten bereisen (144).

4. *Baum, JW. **14** 1000. Das Wahlrecht zwischen Vertragsstrafe und -erfüllung wirkt auf vor dem 1. Januar 1915 vereinbarte Wettbewerbsverbote nicht ein.

5. *Baum, Wettbewerbsverbot. Praktisch wird der Prinzipal, wenn eine Vertragsstrafe vereinbart ist, zunächst den Anspruch auf Erfüllung geltend machen und erst, falls dieser nicht realisiert wird, die Vertragsstrafe, und zwar unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, als Mindestbetrag des entstandenen Schadens fordern (152).

§ 76. DJZ. **14** 1118 (Jena). Nur, wer für den kaufmännischen Berufsstand vorgebildet wird, ist Handlungslehrling; daher nicht ein junger Mann, der im Bureau einer GmbH. zur Ausbildung in landwirtschaftlicher Buchführung beschäftigt wird.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

§ 84. I. 1. Begriff des Agenten s. § 59.

2. Agenturähnliches Verhältnis. a) SeuffA. **69** 352 f. (München). Die Übernahme eines Alleinvertriebs verpflichtet zur Rechnungslegung, doch nicht zur Vorlegung der Geschäftsbücher. b) HansGZ. **14** Hptbl. 144 (Hamburg). Das Rechtsverhältnis betr. den Alleinverkauf ist hinsichtlich der Kündigung dem Agenturvertrag und der Gesellschaft analog zu behandeln und kann demgemäß aus wichtigem Grunde fristlos aufgekündigt werden. Ein wichtiger Grund aber liegt vor, wenn der Vertreter in Zahlungsschwierigkeiten geriet.

II. Rechtliche Stellung des Agenten. 1. Literatur. Kompert, Die neuen österreichischen Vorschläge über die Neuordnung der Rechtsstellung der Handelsagenten, HirthsAnn. **14** 504—532. Der Verf. erörtert den aus 32 Paragraphen bestehenden Gesetzesentwurf unter Heranziehung der durch das deutsche HGB. gegebenen Regelung. Der Aufsatz enthält wichtige Gesichtspunkte zur Klärung von Fragen betr. die Rechtsstellung von Handelsagenten, die in unserem Gesetze keine ausdrückliche Regelung gefunden haben.

2. Rechtsprechung. a) **RG.** R. **14** Nr. 458. Hat bei den Kaufverhandlungen ein Agent lediglich die Interessen der einen Vertragspartei wahrgenommen und nur für diese die Verhandlungen geführt, so ist er, soweit durch ihn eine Täuschung der von ihm vertretenen Partei bewirkt ist, als Dritter und nicht als Vertreter der anderen Partei anzusehen, und zwar auch dann, wenn ihm auch von dieser Partei eine Provision zugesagt war. b) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 464—469, LeipzZ. **14** 481 f.

Unrichtige Beantwortung der im Versicherungsantrage gestellten Fragen entschuldigt durch unrichtige Belehrung des Versicherungsnehmers seitens des Agenten. **c)** BayObLG. **14** 488—499. Der Vermittlungsagent einer Versicherungsgesellschaft ist nicht in der Lage, durch seine Erklärungen dem Versicherungsnehmer gegenüber den Umfang und Gegenstand der Versicherung im Gegensatz zu dem Willen des Versicherers mit bindender Wirkung für diesen festzulegen, aber der Versicherer hat allerdings für die Auslegung einzustehen, die sein Agent und Vertrauensmann bei der Schließung des Vertrags einer zweifelhaften Vertragsbedingung gegeben hat. **d)** HansGZ. **14** Hptbl. 148—150 (Hamburg) verneint die Haftung aus der Zuweisung eines später zahlungsunfähig gewordenen Kunden, über den eine im Jahre vorher erteilte Auskunft vorlag, die von verzögerter Zahlungsweise dieses Kunden sprach.

§ 85. 1. R. **14** Nr. 1458 (Braunschweig). § 85 HGB. ist nicht analog auszudehnen auf Fälle, in denen der Agent nicht endgültig namens des Geschäftsherrn abschließt, sondern nur in der Weise tätig wird, daß er eine bindende Offerte des Kunden entgegennimmt.

2. HansGZ. **14** Hptbl. 131 f. (Hamburg) erörtert die Frage, inwieweit der Geschäftsherr durch Abschlüsse des Agenten, die dieser unter Überschreitung seiner Befugnisse vornahm, gebunden wird.

§ 88. I. Literatur. *Eckstein, HoldheimsMSchr. **14** 244. Der Provisionsanspruch ermäßigt sich bei Warenretouren. Wird statt Erfüllung Schadensersatz oder eine Abfindung geleistet, so kann Provision verlangt werden, und zwar nach einer Lieferungshöhe, deren Gewinn dem Schadensersatz oder der Abfindung gleichkäme. Ähnlich, wenn bei Retouren nicht der Gewinn entsprechend geringer wird.

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **14** Hptbl. 71 f. (Hamburg). Auch bei Eigenbezügen kann der Agent Zahlung derjenigen Provision verlangen, die ihm für die Vermittlung von Geschäften mit Dritten zusteht, falls ihm nicht vereinbarungsgemäß eine Vergütung in anderer Gestalt durch Zubilligung niedrigerer Preise oder höheren Rabatts als den übrigen Käufern geboten wird.

2. SächsRpflA. **14** 216 f. (Dresden). Stellte der Geschäftsherr einen Agenten an und nahm er seine Tätigkeit zur Erwerbung eines Kundenkreises in Anspruch, obwohl er wußte, daß er zur Erfüllung der abzuschließenden Geschäfte außerstande war, so haftet er dem Handlungsagenten auf Schadensersatz.

3. **RG.** JW. **14** 403 f. Nr. 5, LeipzZ. **14** 947—949. Schuldhafte Ablehnung der vom Agenten abgeschlossenen Geschäfte seitens des Geschäftsherrn verpflichtet diesen zum Schadensersatz.

4. **RG.** BauersZ. **22** 23. Der Geschäftsherr ist nur dann dem Agenten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft seine Pflicht, ihm eine gewinnbringende Tätigkeit zu verschaffen, verletzt. Ein Verschulden liegt nicht schon ohne weiteres darin, daß er mangelhafte Waren liefert.

§ 89. **RG.** LeipzZ. **14** 1213 f. Provisionsberechtigung des Agenten auch an solchen Geschäften, die für eine scheinbare Konkurrenzfirma des Geschäftsherrn geschlossen sind, falls diese Konkurrenz in Wahrheit mit dem Geschäftsherrn identisch ist.

§ 91. AÖstGZ. **14** 145 (ÖstOGH.). Der Provisionsagent hat kein Recht auf Einsicht der Handelsbücher des Geschäftsherrn. Sie sind keine „gemeinschaftliche Urkunde". Die Entscheidung und die diese Frage betr. Judikatur werden besprochen von Koeßler (Vortrag).

§ 92. 1. HansGZ. **14** Hptbl. 156 (Hamburg). Ein noch mehrere Jahre laufender Agenturvertrag kann sofort gekündigt werden, wenn die Tätigkeit des Agenten während eines längeren Zeitraums — vorliegend 7 Monate — völlig ergebnislos war.

2. **RG.** SeuffA. **69** 156—158, LeipzZ. **14** 1055—1057 (München). Ein wichtiger Grund zur Kündigung gegenüber dem Agenten für den Geschäftsherrn liegt auch

dann vor, wenn ihm eine lohnende Fortführung des Geschäfts nicht mehr möglich ist, weil dem Geschäftsherrn nicht der Fortbetrieb unter Schaden zugemutet werden kann, lediglich um dem Agenten Verdienst zu gewähren.

3. SeuffA. **69** 156—158, LeipzZ. **14** 1055—1057 (München). Nach **RG. 63** 69 besteht im Falle des Konkurses des Geschäftsherrn für den Agenten ein Ersatzanspruch für die Zukunft auch dann nicht, wenn den Geschäftsherrn ein Verschulden hinsichtlich des Konkurses trifft.

4. **RG.** SeuffA. **69** 156—158, R. **14** Nr. 1898 (München). Für die Fälle der jedem Teil zustehenden fristlosen Kündigung wegen wichtigen Grundes enthält § 92 keine Vorschrift über Schadensersatzansprüche; aber § 628 Abs. 2 BGB. findet Anwendung, wobei schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten durch den Gegner des Kündigenden vorausgesetzt ist. (S. ferner § 84.)

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

§ 98. 1. PosMSchr. **14** 7 (Posen). Der Mäkler ist verpflichtet, sich nach den Vermögensverhältnissen des Käufers zu erkundigen. Die schuldhafte Unterlassung macht ihn schadensersatzpflichtig.

2. OLG. **28** 347 f., SeuffA. **69** 275 f. (Hamburg). Zu den Verpflichtungen des vermittelnden Kornmäklers gehört es allerdings, daß er die Verkaufskontrakte anfertigt. Er hat demgemäß für deren ordnungsmäßige Abfassung Sorge zu tragen, braucht aber nicht die Parteien zu beraten.

§ 99. A. Voraussetzungen des Anspruchs. I. Literatur. Reichel, Die Mäklerprovision (München 1913). Das Werk behandelt drei Hauptfragen: 1. Ist der Vertrag, auf dessen Abschluß der Mäkler hinwirken soll, zustande gekommen? 2. Stimmt der abgeschlossene Vertrag mit dem angestrebten überein? 3. Ist der Vertrag auf die Tätigkeit des Mäklers zurückzuführen?

II. Rechtsprechung. (S. auch BGB. § 652 zu II.) 1. **RG. 83** 32—37. Der Auftraggeber ist zur Zahlung des Mäklerlohns nicht nur dann verpflichtet, wenn er beim Abschlusse des Vertrags sich bewußt gewesen ist, daß die vom Mäkler geleistete Tätigkeit für den Abschluß des Vertrags von ursächlicher Bedeutung war, sondern auch dann, wenn er überhaupt nur gewußt hat, daß der Mäkler für den Abschluß des Vertrags tätig war.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **59** 120—124. Der Anspruch auf die Mäklervergütung für die Vermittlung eines Kaufvertrags ist begründet, wenn entweder der Auftraggeber bei Abschluß des Kaufvertrags von der Vermittlertätigkeit des Mäklers Kenntnis hatte oder den Vertrag auch bei Kenntnis der Vermittlertätigkeit nicht anders abgeschlossen hätte.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **59** 120—124. Die Tätigkeit des Mäklers braucht nicht die alleinige Ursache des Vertragsschlusses gewesen zu sein.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **59** 120—124. Weiß der Auftraggeber, daß der Mäkler in seinem Auftrag einer bestimmten, ihm zugeführten Person gegenüber tätig geworden ist und muß er mit der Möglichkeit rechnen, daß der Vertrag im Anschluß an die nicht durch Widerruf ausgeschaltete Tätigkeit des Mäklers zustande gekommen ist, so hat der Auftraggeber bewußt auf Grund der Vermittlertätigkeit abgeschlossen; nicht erforderlich ist auch noch seine Überzeugung, es sei die Tätigkeit des Mäklers erfolgreich gewesen.

5. **RG.** LeipzZ. **14** 678 f. Ist infolge des Nachweises oder der Vermittlung des Mäklers wirklich ein Vertrag zustande gekommen, so wird sein hierdurch begründeter Provisionsanspruch davon nicht berührt, daß die Parteien selbst irrtümlich den Vertrag für nicht zustande gekommen ansehen oder sein Zustandekommen für so zweifelhaft halten, daß sie von seiner Ausführung Abstand nehmen oder sich vergleichen.

6. OLG. **28** 199 f. (KG.). Für den Anspruch auf Mäklerprovision genügt jeder ursächliche Zusammenhang; auch ist dieser ohne weiteres zu vermuten, wenn der Auftraggeber, sei es erst nach längerer Zeit, mit der ihm nachgewiesenen anderen Partei abgeschlossen hat.

7. OLG. **28** 199 (Karlsruhe). Daß die Tätigkeit des Mäklers die alleinige Ursache des Vertragsabschlusses gewesen sein müsse, folgt nicht aus dem Erfordernisse des ursächlichen Zusammenhanges zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschlusse des Geschäfts; vielmehr genügt, daß seine vermittelnde Tätigkeit mitgewirkt hat. Auch die Tatsache, daß die Verhandlungen vom Sommer 1910 bis Frühling 1911 unterbrochen waren, und daß deren Wiederaufnahme sowie der Vertragsschluß ohne weitere Mitwirkung des Klägers erfolgten, steht nicht entgegen. Denn die Verhandlungen von 1911 bildeten lediglich die Fortsetzung der Verhandlungen von 1910.

8. SächsOLG. **35** 226—228. Der Anspruch auf den Mäklerlohn braucht nicht dadurch ausgeschlossen zu werden, daß der vermittelte Vertrag unter anderen als den genannten Bedingungen und mit einer anderen als der ursprünglich in Aussicht genommenen Person abgeschlossen wird.

9. SächsOLG. **35** 301—304. Die einem Mäklervertrage beigefügte Klausel, daß der Auftraggeber sich für eine bestimmte Zeit gebunden halte, hindert diesen nicht, anderweit abzuschließen.

10. OLG. **28** 198 f. (Hamburg). Dem Kauflustigen ist es unbenommen, auf die von einem Mäkler als angeblichem Beauftragten des Vertragsgegners ausgebotene Abschlußmöglichkeit einzugehen, ohne die vermittelnde Tätigkeit des Mäklers auch seinerseits vertragsmäßig in Anspruch zu nehmen.

B. Vermittlung anfechtbarer oder sonst unwirksamer Geschäfte. I. Literatur. Bondi, Besteht ein Anspruch auf Mäklerlohn, wenn der vermittelte Vertrag durch eine vom Auftraggeber verübte arglistige Täuschung zustande gekommen und deshalb mit Erfolg angefochten ist? LeipzZ. **14** 1010 bis 1012. Der Verf. verneint — mit **RG. 76** 354 und gegen Reichel — die Frage, wenn der Auftraggeber des Mäklers im Verlaufe direkter Verhandlungen mit dem Vertragsgegner den Betrug beging, der diesen zum Vertragsabschlusse bewog, und bejaht die Frage, wenn die arglistige Täuschung des Auftraggebers dem Mäkler gegenüber geschieht.

II. Rechtsprechung. OLG. **28** 196 f. (Hamburg). Tritt im Falle eines resolutiv bedingten Hauptvertrags die Bedingung ein, so kann der Anspruch auf Mäklerlohn nicht rückgängig gemacht werden, es sei denn, daß der Wegfall des Mäklerlohns auch von den Vertragschließenden wieder beabsichtigt worden sei.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Vorbemerkung: Die seit langem ruhende Frage nach der Natur der oHG. als juristischer Person ist durch die Aufsätze Kohlers in GoldschmidtsZ. **74** 456 (s. JDR. **12** § 105) und ABürgR. **40** 229 neuerdings in Fluß gekommen. Es ist nicht zu verkennen, daß alles zu einer Lösung der Frage im Sinne Kohlers drängt. Auch das von Flechtheim angegriffene Urteil des RG. (s. § 124), das die Zulässigkeit einer Klage der Gesellschaft gegen die Gesellschafter verneint, hängt mit dieser Frage zusammen. Mit dem bei Gesamtvertretung wohl nicht selten vorkommenden Widerspruch eines Mitgesellschafters und den dabei auftauchenden Fragen (Unterlassungsklage, Schadensersatzanspruch) befassen sich die zu § 115 abgedruckten Urteile. Beachtenswert ist auch das Urteil des RG. (§ 149), das dem Liquidator das Recht zuspricht, von den Gesellschaftern Einzahlungen zum Zwecke der Schuldentilgung zu verlangen.

Erster Titel. Einrichtung der Gesellschaft.

Vor **§ 105.** Rechtspartei- und Prozeßfähigkeit der ausländischen mit juristischer Persönlichkeit bekleideten handelsrechtlichen Vereinigungen. **RG. 83** 367, ZAktWes. **14** 65. Zwar fehlt es an einer ausdrücklichen reichsgesetzlichen Vorschrift, die den ausländischen mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten, handelsrechtlichen Vereinigungen die Rechtsfähigkeit auch für das Inland verleiht; der Art. 7 EGBGB. bezieht sich nur auf natürliche Personen, und Art. 10 aaO. hat auf Handelsgesellschaften überhaupt keinen Bezug. Die in den Entwürfen enthaltene Bestimmung, wonach die juristische Persönlichkeit nach den Gesetzen des Ortes zu beurteilen sei, wo sie ihren Sitz habe, ist gestrichen worden, und zwar mit der Begründung, daß ohnehin Einverständnis darüber bestehe, daß die Rechtsfähigkeit der ausländischen, öffentlich-rechtlichen Korporationen ohne weiteres anzuerkennen sei. Unter diesen Umständen ist aus dem Stillschweigen des Gesetzes zu folgern, daß man es in bezug auf die ausländischen Erwerbsgesellschaften bei dem bestehenden Rechtszustande habe bewenden lassen wollen. Daher ist die Rechts-, Partei- und Prozeßfähigkeit solcher auswärtigen Handelsgesellschaften auch im Inland anzuerkennen, soweit sie nicht in Widerspruch mit Art. 30 EGBGB. stehen. — Vgl. zu diesem Urteil Beer, LeipzZ. **14** 551.

§ 105. 1. Rechtliche Natur der oHG. **a)** Kohler, ABürgR. **40** 229, vertritt nochmals (vgl. JDR. **12** § 105) im Gegensatz zu Lehmann seine Ansicht von der juristischen Persönlichkeit der oHG. Aus der Natur der oHG. als juristischer Person folgt, daß (was übrigens auch **RG. 77** 102 annimmt) ein Gesellschafter, der Gläubiger der Gesellschaft ist, die Gesamthaftung der Gesellschafter geltend machen kann. Der Satz von der juristischen Persönlichkeit der oHG. ist weiter bedeutsam für die Dauer eines Nießbrauchs und anderer mit dem Tode des Berechtigten erlöschenden Rechte (beschränkt persönliche Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht) auf deren Bestand der Wechsel der Gesellschafter ohne Einfluß ist. Die juristische Persönlichkeit kommt weiter in Betracht in bezug auf das Autorrecht. Es fallen dadurch ferner alle Konsolidierungsschwierigkeiten weg. Und die Richtigkeit zeigt sich ganz besonders im Prozesse; die Gesellschafter können als (allerdings beteiligte) Zeugen vernommen werden; die Prorogation in einem Gesellschaftsprozeß ist nicht auch Prorogation in bezug auf den Prozeß gegen einen Gesellschafter; ein vollstreckbarer Titel gegen die Gesellschaft ist nicht zu gleicher Zeit ein vollstreckbarer Titel gegen die Gesellschafter. **b) RG.** R. **14** Nr. 2308. Es widerspricht dem Wesen der oHG., daß nach außen hin zwei Personen, nach dem inneren Verhältnis aber noch mehrere andere Teilhaber sein sollen. Die Gesellschaft besteht nach § 105 nur zwischen solchen Teilhabern, die nach außen hin unbeschränkt haften.

2. **RG.** R. **14** Nr. 3032. Die Firma einer oHG. ist nicht bloß, wie die eines Einzelkaufmanns, der Name, unter dem der Kaufmann im Handel sein Gewerbe betreibt, sondern zugleich ihr gesetzliches Unterscheidungsmerkmal und ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsgebildes. Daraus folgt zwar nicht, daß die Firma einer HG. nicht geändert oder nicht mit dem von der HG. betriebenen Geschäft veräußert werden kann, wohl aber daß eine HG. (von Zweigniederlassungen abgesehen) nicht gleichzeitig mehrere Firmen haben kann, sowie daß eine HG. erlischt, wenn sie ihr Geschäft mit der Firma veräußert.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 109. 1. **RG.** R. 14 Nr. 1560. Eine Übertragung und darum auch eine Scheinübertragung des Gesellschaftsanteils an einen Dritten ist undenkbar

und deshalb auch eine Klage auf Feststellung, daß der scheinbar übertragene Gesellschaftsanteil noch dem früheren Gesellschafter zustehe, unbegründet (vgl. § 717 BGB.).

2. **RG.** R. **14** Nr. 2309. Auch ohne vorherige Feststellung des Gesellschaftsvermögens und einer Einigung über die vermögensrechtliche Beteiligung jedes Gesellschafters kann ein Vertrag zustande kommen, durch den ein neuer Teilhaber aufgenommen wird.

§ 115. Geschäftsführung. 1. Widerspruch eines Gesellschafters. **RG. 84** 136, GruchotsBeitr. **58** 1121, HoldheimsMSchr. **14** 187, LeipzZ. **14** 1117, BauerZ. **22** 46, DJZ. **14** 697, R. **14** Nr. 965. Nach § 115 muß sich jeder Gesellschafter der Vornahme eines Geschäfts enthalten, wenn vorher ein anderer Gesellschafter gegen die Vornahme Widerspruch erhoben hat. Dieser Widerspruch darf sich gegen Gattungen von Geschäften richten; andernfalls könnte das Verbot leicht gegenstandslos werden, weil der Widerspruch zu spät kommen könnte. Eine Schranke ist dem Widerspruchsrechte dadurch gezogen, daß durch das Verbot ein Gesellschafter nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden darf. Wann dies der Fall ist, muß nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden; es sind der Umfang des Geschäfts und die nach dem Verbote bleibenden Befugnisse des einzelnen Gesellschafters zu vergleichen. Ein Verbot, die Geschäftsbeziehungen auszudehnen, kann danach recht wohl zulässig sein (vgl. auch **RG. 81** 93).

2. Widersprechende Anordnungen der Gesellschafter bei Führung der Geschäfte. a) SächsOLG. **35** 151, BauerZ. **21** 164. Einer Klage eines vertretungsberechtigten Gesellschafters, den Beklagten (einen gleichfalls vertretungsberechtigten Gesellschafter) zu verurteilen, es zu unterlassen, Anordnungen des Klägers, die dieser im gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb an Arbeiter, Angestellte oder andere Personen erteilt, diesen gegenüber zu widerrufen, würde nur stattgegeben werden können, wenn ganz allgemein einem Gesellschafter das Recht abzusprechen sein würde, Anordnungen des anderen Gesellschafters, wenn bzw. soweit sie noch nicht ausgeführt sind, rückgängig zu machen. Die allgemeine Verneinung einer solchen Befugnis entspricht aber keineswegs der Rechtsstellung des Gesellschafters, läßt sich insbesondere nicht aus § 115 HGB. ableiten. § 115 bestimmt nur, daß ein Gesellschafter eine Handlung zu unterlassen hat, wenn der andere widerspricht; sie will aber nicht besagen, daß ein Gesellschafter der Handlung des anderen nur entgegentreten darf, solange sie noch nicht ausgeführt ist. Die Befugnis, Anordnungen des anderen Gesellschafters zu widerrufen, solange und soweit sie noch nicht ausgeführt sind, folgt aus der Gleichberechtigung der Gesellschafter. Sie kann sogar zur Pflicht werden. **b)** Anders als das vorstehende Urteil hält BauerZ. **21** 122 die Klage eines Kollektivvertreters gegen den anderen Vertreter auf Unterlassung eigenmächtigen Handelns für allgemein zulässig.

3. BauerZ. **21** 187 (KG.). Klage auf Schadensersatz, wenn ein Gesellschafter trotz Widerspruchs des anderen eine Handlung vornimmt. Beklagter stellte trotz Widerspruchs des Klägers den X. als Reisenden an und entnahm zu dessen Bezahlung Reisekosten und Gehalt. Nach § 115 war die Anstellung unbefugt. Zweifelhaft kann sein, ob der andere Gesellschafter befugt ist, die Handlung, obwohl sie nach außen hin die Gesellschaft verpflichtet, doch im Innenverhältnis als nicht erfolgt zu behandeln, oder ob ihm nur ein Schadensanspruch zusteht. Aber auch bei ersterer Auffassung würde der Kläger die mit der Handlung verbundenen Aufwendungen nur zurückweisen dürfen, wenn er gleichzeitig den daraus der Gesellschaft zugegangenen Vorteil ablehnt. Handelt es sich wie hier um die Annahme eines Reisenden, so wird schwer sein, zu beurteilen, ob die Anstellung der Gesellschaft Vorteil gebracht hat. Es kann dem Kläger nicht

ohne weiteres angesonnen werden, die vom Reisenden gebrachten Aufträge, die möglicherweise ohne ihn eingegangen wären, als Vorteil gelten zu lassen. Der Beklagte, der außerstande ist, diesen Punkt überzeugend aufzuklären, muß sich gefallen lassen, daß zwar die entstandenen Kosten als feststehender Schaden behandelt werden, nicht aber der Gewinn aus den erzielten Aufträgen als Schadensausgleich. — Vgl. § 126.

§ 116. Umfang der Vertretungsmacht der Geschäftsführer. 1. **RG.** BauersZ. **21** 234. Das in JDR. **12** 495 § 116 abgedruckte Urteil des OLG. Stuttgart, wonach die Ersteigerung eines Hotelanwesens für eine Möbelfabrik, die für das Hotel Möbel geliefert hat, nicht zu den gewöhnlichen Betriebsgeschäften gehört, wurde vom RG. bestätigt.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 444. Der zur Vornahme einer über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehenden Handlung erforderliche Abschluß durch sämtliche Teilhaber einer oHG. kann nicht durch den Nachweis ersetzt werden, daß die Handlung notwendig oder doch zweckmäßig und die Zustimmung der noch nicht gefragten Gesellschafter zu erwarten gewesen wäre.

§ 118. Kontrollrecht der Gesellschafter. 1. SeuffA. **69** 338, BauersZ. **22** 20, BayRpflZ. **14** 26, LeipzZ. **14** 499, R. **14** Nr. 116 (BayObLG.). Das dem Gesellschafter eingeräumte Prüfungsrecht ist dem Gesellschafter nur persönlich gegeben. Seine Ausübung durch einen rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten ist daher nur ausnahmsweise, zur Vermeidung grober Härten dann zulässig, wenn es der Gesellschafter nicht selbst ausüben kann (z. B. wegen der voraussichtlichen Dauer der Prüfung, der Entfernung des Gesellschafters vom Geschäftssitze, Mangel der zur Vornahme der Prüfung erforderlichen Geschäftskenntnisse). Das Einsichtsrecht umfaßt auch den Schriftwechsel der Zweigniederlassung mit dem Hauptgeschäfte.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 204, BauersZ. **22** 93. Ist das Recht des einzelnen Gesellschafters auf Büchereinsicht durch den Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen, so kann es durch einen späteren Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter nicht beseitigt werden.

3. **RG.** LeipzZ. **14** 850. Berichterstattung über die Geschäftsführung. Das OLG. hat erwogen, nach § 118 HGB. stehe dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter ein Anspruch auf fortlaufende Berichterstattung überhaupt nicht zu. Wenn hier im Gesellschaftsvertrage gesagt sei, über den Gang des Geschäfts und über besonders wichtige Vorgänge habe der Geschäftsführer den anderen Gesellschaftern zu berichten, so sei dies dahin auszulegen, daß der Bericht schriftlich und allmonatlich zu erstatten sei. Diese Auslegung wird vom RG. mit Rücksicht auf § 242 BGB. gebilligt.

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

§ 124. oHG. im Prozesse. 1. **RG.** JW. **14** 532, HoldheimsMSchr. **14** 181, LeipzZ. **14** 1202, BauersZ. **21** 282, R. **14** Nr. 1327. Die Klage einer oHG. gegen einen ihrer Teilhaber ist unzulässig.

2. Flechtheim, LeipzZ. **14** 1260, wendet sich gegen das Urteil unter 1. Das aus der juristischen Struktur der oHG. entnommene Bedenken, daß bei Prozessen der oHG. die Gesellschafter selbst die eigentliche Prozeßpartei und daß deshalb in einem solchem Falle ein Gesellschafter sowohl Kläger wie Beklagter seien, greift nicht durch. Denn das nach dem Prinzip der gesamten Hand organisierte Gesellschaftsvermögen hat gegenüber dem Privatvermögen der Gesellschafter eine gewisse Selbständigkeit. Es stehen sich also zwei Vermögensmassen gegenüber. Gesellschaft und Gesellschafter können sich also wohl als Kläger und Beklagter gegenüberstehen. Aber mit einer Einschränkung. Es kann in einem solchen Prozesse die

Gesellschaft selbst nicht durch ihren Prozeßgegner vertreten sein. Wenn jeder Gesellschafter die gesetzliche Einzelvertretung hat oder sonst die Gesellschaft ohne Mitwirkung des Prozeßgegners hinreichend vertreten ist, entstehen keine Schwierigkeiten. Ist dieser aber der alleinige firmierende Gesellschafter oder einer der beiden einzigen Gesamtvertreter, dann ist eine Prozeßführung nicht möglich. Im Gegensatz zu obigem Urteile hat übrigens das **RG.** (LeipzZ. **14** 1030, vgl. u. § 149 Ziff. 1) die Klage einer in Liquidation befindlichen oHG. gegen einen Teilhaber zugelassen.

3. **RG.** LeipzZ. **14** 851, BayerZ. **22** 115. In Prozessen der Gesellschaft sind die Gesellschafter als Gesamtheit, in ihrer Zusammenfassung unter der Firma die eigentliche Prozeßpartei, die deshalb mit der Auflösung der Gesellschaft nicht wegfällt, sondern in den Gesellschaftern nach wie vor dem Gegner gegenüber steht, allerdings nicht mehr in der früheren durch das Gesellschaftsverhältnis gegebenen Zusammenfassung, sondern als Streitgenossenschaft.

4. **RG.** WarnE. **14** 184. Ein gegen die Inhaber einer oHG. ergangener Schiedsspruch hat materielle Rechtskraft gegenüber der Gesellschaft.

5. *Pagenstecher, RheinZ. **6** 508 ff., 519. Mit Recht folgert die herrschende Meinung aus § 129 Abs. 1, daß sich die Rechtskraft eines Urteils, das im Prozesse mit einer offenen Handelsgesellschaft über eine Gesellschaftsschuld ergeht, auf die Gesellschaft erstrecke. Die neuerdings von Kuttner verteidigte Ansicht, daß hier keine Rechtskraftwirkung, sondern eine „materiellrechtliche Reflexwirkung" vorliege, ist unhaltbar.

§ 126. **RG.** HoldheimsMSch. **14** 211. Die Befugnis, einen gegen die Gesellschaft erhobenen Anspruch mit der negativen Feststellungsklage abzuwehren, ist ein mit der Mitgliedschaft verbundenes Sonderrecht des einzelnen Gesellschafters und von dem Bestehen einer Vertretungsmacht unabhängig. Sie ist nicht deshalb zu verneinen, weil das auf die Abwehrklage ergehende Urteil nicht für und gegen die Gesellschaft, sondern nur für und gegen den klagenden Gesellschafter wirkt.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1899. Eine Unredlichkeit, deren sich ein vertretungsberechtigter Gesellschafter schuldig macht, berechtigt die Gesellschaft nicht, den Rechtsbestand der abgegebenen Erklärung anzutasten. Denn die Gesellschaft muß alle Handlungen gegen sich gelten lassen, die ihr Vertreter in ihrem Namen vornimmt, selbst wenn sie ihr zum Schaden gereichen und vom Vertreter im eigenen Privatinteresse und unter Mißbrauch des Vertretungsrechts vorgenommen sind. Dies leidet auch dann keine Änderung, wenn zwei Gesellschafter zur Gesamtvertretung berufen waren und der eine sich der Erklärung des anderen lediglich im Vertrauen auf dessen Ehrlichkeit angeschlossen hat, also selbst der Getäuschte war. Vgl. §§ 115 u. 128 HGB. u. § 710 BGB.

§ 128. Haftung der Gesellschafter. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1328. Von der wechselmäßigen Haftung für die von einem Mitgesellschafter namens der Gesellschaft übernommene wechselmäßige Verpflichtung wird ein anderer Gesellschafter nicht schon deshalb frei, weil es sich um eine Privatschuld des den Wechsel mit der Firma zeichnenden Gesellschafters handelt, wohl aber im Falle einer Kollusion.

2. Bedeutung der letzten Bilanz für den neu eintretenden Gesellschafter. **RG.** BayerZ. **22** 19. Bei der Vorlegung der Bilanz an den neu eintretenden Gesellschafter handelt es sich darum, daß der neu Eintretende sich das für seinen Beitrittsentschluß notwendig klare Bild über die Vermögenslage der Gesellschaft mache. Der neu Eintretende hat also mit der Vorlage der Bilanz ein Recht erworben, sich darauf zu verlassen, daß der durch die Bilanz ausgewiesene Stand nicht noch nachträglich eine erhebliche Verschiebung

erfahre infolge eines in der Vergangenheit liegenden Rechtsvorganges, den man ihm nicht mitgeteilt hatte und für den aus der Bilanz selbst ein Anhalt nicht zu entnehmen war. Eine Klage der übrigen Gesellschafter gegen den neu Eingetretenen auf Feststellung, daß er für eine aus der Bilanz nicht ersichtliche, schon vor seinen Eintritt begründete Schuld hafte, ist also abzuweisen.

3. R. **14** Nr. 3033 (Hamburg). Ein Gesellschafter, der der oHG., deren Teilhaber er ist, Darlehen oder Vorschüsse gegeben hat, kann auf Rückzahlung nur gegen die Gesellschaft, nicht gegen den einzelnen Gesellschafter klagen. Die Frage ist streitig. **RG. 77** 102 hat die Klage für unzulässig erklärt, wenn der neue Gesellschafter das Darlehen als Betriebskapital gewährt hatte. **RG. 36** 60 hält die Klage für zulässig. Wenn aber auch die Klage gegen den Mitgesellschafter auf Zahlung unzulässig ist, so steht doch nichts im Wege darauf zu klagen, daß der Mitgesellschafter gestattet, den streitigen Betrag aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen. Darin liegt auch keine Klagänderung. Vgl. **RG.** R. **14** Nr. 2649, 2650 (oben Ziff. 2 zu § 719 BGB.).

4. Haftung der ausgeschiedenen Gesellschafter. **a)** Godin, BankA. **13** 338, erörtert den Umfang der Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters für den von der Gesellschaft in Anspruch genommenen Bankkredit. Besprochen werden a) die Haftung des Ausgeschiedenen für den Kontokredit der Gesellschaft und die Einwirkung der auf das Ausscheiden auf dem Konto folgenden Bewegungen auf den Haftungsumfang, b) der Fall des Trassierungskredits, wobei unterschieden wird zwischen den Fällen, wo die Bank die Akzepte selbst abrechnet, und den Fällen, wo sie das nicht tut. Eine besondere Besprechung findet dabei der Fall, daß die Tratte von der bezogenen Bank selbst abgerechnet wird, das dadurch geschaffene Guthaben der Gesellschaft aber noch nicht voll abgehoben war, als der Gesellschafter ausschied. Endlich wird erörtert c) der Fall eines von der Gesellschaft in Anspruch genommenen Diskontkredits. **b)** **RG. 83** 107. Lieferung der an eine oHG. verkauften Ware an einen ausgeschiedenen Gesellschafter; Abnahmepflicht des Ausgeschiedenen. Da bei Auflösung der oHG. eine Liquidation nicht stattgefunden, vielmehr der eine Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hatte, konnte der Verkäufer unmöglich an die Gesellschaft erfüllen; auch konnte der ausgeschiedene Gesellschafter unmöglich dem Verkäufer gegenüber seine Gesellschaftereigenschaft bewahren, wie er auch nicht als Gesamtgläubiger bezeichnet werden darf. Der über die Sachlage unterrichtete Verkäufer konnte nicht einmal während der Gesellschaftsdauer an den jetzt Ausgeschiedenen allein liefern, geschweige denn, daß er nach Auflösung der Gesellschaft durch Lieferung an den Ausgeschiedenen befreit worden wäre. Zwar ist es richtig, daß zu den nach Beendigung der Gesellschaft fortdauernden Pflichten des Ausgeschiedenen auch die Abnahmepflicht nach § 433 Abs. 2 BGB. gehörte. Daraus läßt sich aber für ein Recht des Ausgeschiedenen auf Annahme nichts folgern. Der Satz des OLG., abnahmepflichtig könne nur sein, wer das Recht auf Annahme habe, ist falsch. Versteht man unter Abnahme die körperliche Hinwegnahme der Kaufsache, um den Verkäufer zu entlasten, so liegt ein logisches Abhängigkeitsverhältnis zwischen dieser Leistungspflicht und dem Rechte auf Annahme nicht vor. **c)** SeuffA. **69** 276 (Dresden). Der frühere Gesellschafter haftet für die Zahlung, auch wenn die Waren an einen Dritten geliefert werden, auf den das Geschäft mit allen Rechten und Pflichten übergegangen ist.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

Vor **§ 131.** Genehmigung der Übertragung der Teilhaberschaft. **RG.** BauersZ. **22** 44. Da die Wirksamkeit eines die Übertragung

der Mitgliedschaft enthaltenden Vertrags von der Zustimmung der Gesellschaft abhängt (§ 182 BGB.), nicht aber die Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter zum Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags erfordert, so wirkt nach § 184 die nachträgliche Zustimmung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Grundsätze des Gesellschaftsrechts stehen einer solchen Rückwirkung nicht entgegen.

§ 131. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 23. Eines ausdrücklichen Beschlusses auf Auflösung bedarf es nicht; die Auflösung kann auch stillschweigend beschlossen werden, und ein solcher stillschweigender Beschluß kann aus der Gesamtheit der gefaßten Beschlüsse, die den Willen der Auflösung notwendig mit umfassen, gefolgert werden. Über die stillschweigende Bestellung eines Liquidators s. u. § 146 Ziff. 1.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1459. Wenn ein Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß im Falle des Todes eines der beiden Gesellschafter der andere verpflichtet sein soll, das Geschäft allein weiterzuführen und der Witwe des Verstorbenen bis zu ihrem Tode ein Drittel des Reingewinns auszuzahlen, so kann der Witwe dieses Recht nicht durch Kündigung entzogen werden.

3. Haftung für die Schulden einer aufgelösten oHG. **RG.** LeipzZ. **14** 385. Übernimmt ein Mitglied einer oHG. unter Austritt der übrigen Mitglieder allein das Gesellschaftsvermögen, so haftet es mit diesem für die Gesellschaftsschulden auch ohne Rücksicht auf § 25 HGB.

§ 133. Wichtige Auflösungsgründe. **RG.** LeipzZ. **14** 1036. Als solche können in Betracht kommen die völlige Zerrüttung der Vermögensverhältnisse, das den Ruf des Geschäfts gefährdende Anborgen von Lieferanten, das an Angestellte gestellte Ersuchen des Gesellschafters, entgegen dem Verbot im gerichtlichen Pfändungsbeschlusse, Beträge aus der Geschäftskasse an ihn auszuzahlen, abfällige Äußerung über den anderen Gesellschafter.

§ 134. **RG.** R. **14** Nr. 1460. Ist in dem Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß keinem der Gesellschafter das Recht zusteht, dem anderen zu kündigen, daß aber jeder freiwillig aus der Gesellschaft ausscheiden könne, so liegt weder eine unkündbare, noch eine auf Lebenszeit eingegangene Gesellschaft vor.

§ 139. Fortsetzung der Gesellschaft. KGJ. **44** 128, DNotV. **14** 737 (KG.). Bei Fortsetzung einer liquidierenden oHG. durch Minderjährige ist vormundschaftgerichtliche Genehmigung erforderlich. (Vgl. JDR. **12** § 139 Ziff. 1.)

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 146. Bestellung der Liquidatoren. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 23. Die Bestellung eines Gesellschafters zum Liquidator kann auch stillschweigend erfolgen. Die Annahme einer solchen stillschweigenden Bestellung ist gerechtfertigt, wenn eine solche Bestellung nach den Verhältnissen der Gesellschaft angezeigt erscheinen muß, wenn z. B. mit Rücksicht auf die große Anzahl der Gesellschafter es als nicht ausführbar erscheint, daß alle Mitglieder, wie es nach § 150 erforderlich wäre, die Liquidation gemeinsam führen, und wenn die Gesellschaft während ihres Bestehens durch den jetzt zum Liquidator Bestellten als alleinigen Direktor vertreten wurde, so daß es nahe lag, ihm auch die Liquidation allein zu übertragen.

2. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 81. Über die Zulässigkeit einer analogen Anwendung des § 146, aus dem eine Pflicht der Gesellschafter zur Übernahme des mit Verantwortlichkeit und Leistungspflichten pekuniärer Art verbundenen Amtes eines Liquidators zu entnehmen ist. Vgl. § 295 HGB., § 66 GmbHG., § 83 GenG.

3. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 234. Wenn nach Eröffnung des Konkurses über eine oHG. einer der Gesellschafter stirbt, kann ein Beteiligter im Sinne des

§ 146 Abs. 2 unter Berufung auf die nunmehrige, anderweit begründete Gesellschaftsauflösung die dadurch gebotene Liquidation und gerichtliche Liquidatorenbestellung betreiben. Denn die Liquidationsnotwendigkeit ist eine von Gesetzes wegen eintretende Organisationsregelung des Innenverhältnisses der Gesellschafter. Als solche wird sie durch die Tatsache, daß über die Gesellschaft Konkurs eröffnet ist, so wenig gegenstandslos wie in dem Falle, daß Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters eröffnet ist (§ 146 Abs. 3).

4. Abs. 2. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 161. Bei der Ernennung eines Liquidators der oHG. durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 145 FGG.) findet § 127 FGG. keine Anwendung; vielmehr ist die Prüfung der Rechtsvoraussetzungen der Liquidation Sache des Registerrichters. So mit Recht im Gegensatze zu der herrschenden Ansicht der Kommentare Schlegelberger, FGG. 694. Der Registerrichter muß also in erster Linie prüfen, ob eine oHG. bestanden hat und verneinendenfalls (z. B. bei Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags) seine Mitwirkung bei Liquidatorenernennung ablehnen, da natürlich ohne Gesellschaftsbestand auch von einer Gesellschaftsauflösung keine Rede sein kann. Hat die oHG. bestanden, war sie aber im Register nicht eingetragen, so ist sie nachträglich einzutragen, damit im Anschlusse daran die weiteren Einträge über Auflösung und Liquidation erfolgen können. Bei Rücktritt eines Gesellschafters ist eine Liquidation und Liquidatorenbestellung nicht ausgeschlossen, soweit solche im Interesse Dritter gerechtfertigt ist; denn bis zur Ausübung des Rücktrittsrechts hat die Gesellschaft nach außen hin bestanden; der Rücktritt wirkt also in diesem Sinne nicht dinglich, nicht zum Nachteile gutgläubiger Dritter. Solchem Gläubiger ist das Recht aus § 146 Abs. 2 nicht entzogen, wenn z. B., nachdem er seinen entsprechenden Antrag gestellt, ein Sozius vom Gesellschaftsvertrage zurückgetreten wäre.

§ 147. Abberufung der Liquidatoren. 1. R. **14** Nr. 1149 (BayObLG.). Feindschaft zwischen zwei Liquidatoren kann einen Grund zur Abberufung beider bilden.

2. R. **14** Nr. 1148 (BayObLG.). Der Antrag auf Abberufung eines Liquidators kann auch bedingt, nämlich für den Fall gestellt werden, daß es bei der Abberufung des zweiten Liquidators verbleibt.

§ 149. 1. Befugnisse der Liquidatoren. **RG.** LeipzZ. **14** 1030, BauersZ. **21** 281, R. **14** Nr. 1724. Ermächtigung der Liquidatoren, von den Gesellschaftern Einzahlungen zum Zwecke der Schuldentilgung zu verlangen. An sich gehört es nicht zu den Aufgaben des Liquidators, von einem Gesellschafter dessen Passivsaldo einzuziehen; vielmehr beschränkt sich die Aufgabe des Liquidators auf die Verteilung des vorhandenen Vermögens. Es steht aber nichts im Wege, daß im einzelnen Falle die Gesellschafter dem Liquidator auch die Aufgabe zuteilen, die Auseinandersetzung zwischen ihnen vollständig durchzuführen einschließlich der Einziehung etwaiger Passivsalden. Gibt § 735 BGB. an sich den Gesellschaftern das Recht, den dort gesetzlich festgelegten Anspruch zu erheben, so ist er doch nicht zwingenden Rechtes und verbietet es nicht, daß im Einzelfall satzungsgemäß den Liquidatoren die gleiche Aufgabe zugewiesen werden könnte, um ihnen die Möglichkeit zu geben, schnell und sachgemäß eine endgültige Abwicklung aller Verhältnisse herbeizuführen, insbesondere auch fehlende Mittel zur Gläubigerbefriedigung durch anteilmäßige Heranziehung der Gesellschafter zu beschaffen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2310. Eine auftragsweise Übertragung einzelner Liquidationshandlungen an einen Dritten ist im Verhältnisse dieses Dritten zu seinen Auftraggebern nicht anders zu behandeln, als die Übertragung der ganzen Liquidation.

§ 150. Mehrere Liquidatoren. **RG.** R. **14** Nr. 2311. Eine für die Gesellschaft zu erhebende Klage kann nicht von einem Liquidator ohne Mitwirkung des anderen erhoben werden.

I. Anhang: Stempel und Gebühren.

1. Reichsstempel. Tarifst. 11a 2. **RG. 84** 108, JW. **14** 482. Grundstücksübertragungen an eine oHG., auch wenn diese nur aus Kindern des Übertragenden besteht, begründen nicht die Anwendung der Befreiungsvorschrift der Tarifst. 11 a. (Das vom RG. durch vorstehende Entscheidung bestätigte Urteil des OLG. Karlsruhe ist abgedruckt in BadRpr. **14** 109.)

2. Gebührenberechnung beim Erwerb eines Gesellschaftsgrundstücks durch einen Gesellschafter. Eßlinger, BayRpflZ. **14** 61. Im Gegensatz zu dem BayObLG., das seit Jahren daran festhält, daß die Gebühr aus dem Wert des Grundstücks zu berechnen sei, wird von Eßlinger ausgeführt, die oHG. sei auch im bayer. Gebührenrecht nicht als juristische Person, sondern als Gemeinschaft zur gesamten Hand zu behandeln, beim Erwerb eines Gesellschaftsgrundstücks durch einen einzelnen Gesellschafter sei also davon auszugehen, daß der erwerbende Gesellschafter schon bisher anteilig an dem Grundstück berechtigt war, der Rechtserwerb beziehe sich also nicht auf das ganze Eigentum, und es sei deshalb die Gebühr in gleicher Weise wie beim Erwerb einer nach Bruchteilen geteilten Sache zu berechnen. Das gleiche gelte auch für die Gesellschaft des BGB.

II. Anhang: Steuern.

Preußische Einkommensteuer. DJZ. **14** 175 (OVG.). Für die steuerliche Behandlung von Zinsen des Gewinnanteils eines Pflichtigen aus seiner Beteiligung an einer oHG. kommt es darauf an, ob der Gewinnanteil als weitere Kapitaleinlage im Gesellschaftsvermögen verblieben oder nach Ausscheidung aus diesem und Überführung in das Sondervermögen des Pflichtigen von ihm der Gesellschaft als Darlehen gegeben ist. Im letzteren Fall bildet die Darlehnsforderung eine selbständige Einkommensquelle des Kapitalvermögens, während im ersteren Fall nur gewerbliches Einkommen erzielt wird.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

§ 161. 1. Firmenzeichnung. **RG.** JW. **14** 932. Die Firma der Kommanditgesellschaft muß den Namen mindestens eines Gesellschafters enthalten und das Vorhandensein einer Gesellschaft erkennen lassen. Zusätze, die aus dem Gegenstand des Unternehmens, der Art des Geschäftsbetriebs entnommen werden, sind nicht notwendige Zusätze. Die Firma erscheint zwar als vollständig regelmäßig in der Zeichnung nur mit diesem Zusatz. Aber dem Namen kann bei Firmen dieser Art die Firma auch im Sinn des Gesetzes nur insoweit gleichgestellt werden, als sie eine Namensbezeichnung enthält, die allein wesentlich ist. Es ist deshalb angenommen worden, daß im Sinn der Art. 4 Ziff. 5, Art. 12 WO. die Firma unterschrieben ist, wenn geschrieben ist, was der wesentliche Teil der Firma ist und daher der Zusatz nicht geschrieben zu werden braucht, der nur dazu dient, die Beziehung der Unterschrift auf die Gesellschaft klar zu stellen.

2. Mitwirkung der Kommanditisten bei Anmeldung einer Zweigniederlassung. RJA. **13** 28 s. schon JDR. **12** § 161 Ziff. 2.

3. DJZ. **13** 1500, DNotV. **14** 736 (KG.). Daß eine GmbH. Komplementär einer Kommanditgesellschaft sein kann, hat das KG. jetzt gleichfalls ausgesprochen.

§ 162. 1. Beschwerderecht der Kommanditisten. a) Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 82. Mangels einer Vertretungsermächtigung (§ 170) ist der Kommanditist auch nicht zur Einlegung einer Beschwerde

wegen Eintragungsablehnung berechtigt, wenigstens nicht, soweit die Gesellschaft als solche in Betracht kommt. Dagegen wird man dem Kommanditisten das Beschwerderecht zugestehen müssen, soweit nur seine Rechtsstellung als Kommanditist, also sein Außenverhältnis in Frage kommt. b) Josef, Holdheims MSchr. **14** 176, hält die von Marcus unter a vertretene Ansicht für falsch. Da die Anmeldung der Kommanditgesellschaft sowohl durch den persönlich haftenden Gesellschafter als auch durch den Kommanditisten erfolgen müsse (§§ 161, 106 HGB.), und da diese Anmeldung ein Antrag im Sinne des § 20 FGG. sei, so stehe folgerichtig die Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung, da die Beschwerde nur eine Wiederholung und Weiterbetreibung des Antrags sei, nur dem persönlich haftenden Gesellschafter und dem Kommanditisten gemeinsam zu.

2. OLG. **28** 339, RJA. **13** 45, ZBlFG. **14** 725, DNotV. **14** 737, R. **14** Nr. 1162 (KG.). Der zu Unrecht als Kommanditist Eingetragene kann seine Löschung im Handelsregister verlangen, und zwar auch, nachdem über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist. Das eine Voraussetzung der Löschungsverpflichtung des Gerichts bildende Interesse des Kommanditisten an der Löschung ist gegeben.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung: Aus der Rechtsprechung und Literatur des vergangenen Jahres seien hervorgehoben: **RG. 83** 295 (§ 179) verneint, daß den Eigentümern von Genußscheinen ein Einspruchsrecht gegen die Kapitalserhöhung zusteht. Mit dem Begriff der Vorzugsaktie und dem Fall, daß sämtliche Aktien zu Vorzugsaktien erklärt werden, beschäftigt sich **RG. 83** 414 (s. § 185), mit der Frage, welchen Inhalt die Aktienzeichnung haben muß, die bei § 189 abgedruckten Urteile des RG. und OLG. Cöln. Von Bedeutung ist auch das Urteil des RG. (§ 213), das die Gültigkeit eines Vertrags prüft, wonach die Höhe der Gewinnverteilung von der Zustimmung eines Dritten abhängig gemacht wird. Die Berechnung der Tantiemen des Vorstandes (Tantiemen bei satzungswidrig beschlossenen Abschreibungen, Tantiemepflichtigkeit des Gewinnvortrags, Berechnung bei Ausscheiden eines Vorstandsmitglieds während des Geschäftsjahrs, Klage gegen den Vorstand auf Rückzahlung zuviel erhaltener Tantieme) hat auch im Jahre 1914 mehrfach zu oberstrichterlichen Entscheidungen Anlaß gegeben, die sich bei § 237 abgedruckt finden. In der Literatur ist die Frage erörtert worden, welche Folgen die Nichtprotokollierung eines Generalversammlungsbeschlusses habe. Hervorzuheben sind ferner das Urteil des RG., das sich mit der Ersatzzustellung bei Anfechtungsklagen nach § 271 befaßt, sowie das Urteil **RG. 84** 282 (§ 306), das den Fall des Sonderkonkurses über die durch Fusion untergegangene AG. behandelt.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vor **§ 178.** Ehefrau als Aktionärin; Stellung des Mannes. BauersZ. **21** 220. Bei gesetzlichem Güterrecht oder bei Gütergemeinschaft kann der Ehemann den Anspruch auf die Dividende allein geltend machen; er kann ebenso in der Generalversammlung, soweit nicht Vorbehaltsgut vorliegt, das Stimmrecht ausüben; will die Ehefrau den Reingewinn einziehen oder das Stimmrecht ausüben, so bedarf sie hierzu der Einwilligung des Mannes, er sei denn an der Einwilligung nach § 1401 BGB. verhindert. Der Ehemann ist auch berechtigt zur Anfechtung gesetz- und statutenwidriger Beschlüsse. Der Ehemann kann dagegen die Aktien der Frau nicht eigenmächtig verkaufen oder verpfänden, und ebensowenig hat die Frau für sich allein ein derartiges Verfügungsrecht (§ 1376 BGB.). Im übrigen hat die Gesellschaft die Ehefrau als Aktionärin zu behandeln; ihr sind die Einladungen zu den Versammlungen, die Zahlungsaufforderungen und sonstige Mitteilungen zuzustellen, gegen sie richtet sich das

Kaduzierungsverfahren, sie allein kann auf Zahlung rückständiger Einlagen verklagt werden.

§ 179. 1. Genußscheine. Einspruchsrecht der Eigentümer von Genußscheinen gegen die Kapitalserhöhung? **RG. 83** 295, BauersZ. **21** 248, BankA. **13** 224, DJZ. **14** 170. Die Kapitalsvermehrung ist bei der AG. ein so gewöhnlicher und alltäglicher Vorgang, daß in der bloßen Ausgabe von Genußscheinen mit bedingter Gewinnanweisung ohne ausdrückliche Vorschrift kein Verzicht auf diese Befugnis zu erblicken ist. Selbst wenn sich in den Genußscheinen keinerlei Hinweis auf die Kapitalserhöhung findet, müssen die Scheine doch mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin ausgelegt werden, daß die Erhöhung der Gesellschaft freistehen soll. Im vorliegenden Falle bestimmt aber die Satzung ausdrücklich, daß es dem Inhaber eines Genußscheins nicht erlaubt sein solle, gegen eine Kapitalserhöhung Einspruch einzulegen. Das kann nicht, wie die Revision will, dahin ausgelegt werden, daß immer vorausgesetzt werden müsse, den Genußscheininhabern würden die früheren Anteile am Reingewinn verbleiben.

2. Interimsscheine. *Veit Simon, Die Interimsscheine, zugleich ein Beitrag zur Geschichte und Lehre der Aktien- und Anleihepapiere (Berlin 1913) § 3 I. a) Interimsscheine im Sinne des HGB. sind die Anteilscheine eines Aktienvereins, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien und vor der vollen Leistung des Nennbetrags oder, falls der Ausgabepreis höher ist, vor der vollen Leistung dieses Betrags ausgestellt werden, bis zur vollen Leistung des Nennbetrags oder des höheren Ausgabepreises. Vollgezahlte Interimsscheine sind im Sinne des HGB. Aktien, können daher auf den Inhaber gestellt werden und fallen nicht unter § 226 Abs. 2 HGB. b) Das Recht und die Pflicht der AG. zur Ausstellung von Interimsscheinen hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. c) Andere Arten Interimsscheine sind: die Interimsscheine für Schuldverschreibungen und die Interimsscheine, in denen sich Banken oder Bankiers zur Gewährung von auszugebenden Aktien oder Schuldverschreibungen eines anderen Ausstellers verpflichten (Emittentenscheine).

§ 180. 1. Werner, LeipzZ. **14** 1192. Aktienteilung. Die Vorschrift des § 180, wonach Inhaberaktien auf einen Betrag von mindestens 1000 M. lauten müssen, führt zu dem Ergebnisse, daß bei Aktien, die im Kurse sehr niedrig stehen, gleich oft schon eine Beteiligung mit einem Kapitalsaufwande von weniger als 1000 M. möglich ist, während umgekehrt bei den hoch im Kurse stehenden Aktien eine oft wesentlich höhere Zahlung als 1000 M. nötig ist. Es empfiehlt sich, solchen AG., die eine jahrelange, glänzende Entwicklung hinter sich haben, eine Teilung der Aktien in der Weise zu gestatten, daß die Beteiligung mit einem Kapitalsaufwande von 1000 M. möglich ist.

2. Markuse, HoldheimsMSchr. **14** 85, bespricht die in Nordamerika eingeführten Aktien ohne Nominalbetrag, die statt auf eine bestimmte Summe über einen bestimmten Anteil am Unternehmen lauten.

§ 184. Gratisaktien. Holländer, HoldheimsMSchr. **14** 88, erörtert die rechtliche Natur des Vorganges, wenn eine AG., um die allzu hohen Dividenden auf einen niedrigen Betrag zurückzuführen, an ihre Aktionäre neue sog. Gratisaktien ausgibt, er weist nach, daß die Gesellschaft die neuen Aktien nicht ohne weiteres zuteilen kann, sondern lediglich die Möglichkeit hat, den alten Aktionären ein Bezugsrecht auf die neuen Aktien zu gewähren. Wenn diese in Ausübung des Bezugsrechts die neuen Aktien zeichnen, so haben sie den Nennbetrag durch Barzahlung oder, sofern ihnen dies gewährt wird, durch Sacheinlagen zu decken. Zu diesem Zweck stellt ihnen die Gesellschaft ein Kapital, das dem Nennbetrag der neuen Aktien gleichkommt, aus ihren Reserven zur Verfügung. Besteht an der alten Aktie ein Nießbrauchsrecht, so kann der Eigentümer

von dem Nießbraucher verlangen, daß er von seiner formalen Legitimation zur Ausübung des Bezugsrechts Gebrauch mache; er erwirbt das Eigentum an der neuen Aktie, der Nießbraucher den Nießbrauch (aM. Winkler und Breit, LeipzZ. **13** 456, **14** 368). Vgl. JDR. **12** § 282 Ziff. 1.

§ 185. Vorzugsaktien. **RG. 83** 414, BauersZ. **21** 199, ZAktWes. **14** 9, R. **14** 669, 670. Der Begriff der Vorzugsaktie ist durchaus an die Voraussetzung des Nebeneinanderbestehens verschiedener Aktiengattungen geknüpft. Werden Vorzugsaktien und Stammaktien einander gleichgestellt, so bedeutet das die Beseitigung der Vorrechte. Es werden also nicht sämtliche Aktien zu Vorzugsaktien erklärt, vielmehr sind nunmehr alle Aktien Stammaktien geworden. Für dieses Ergebnis macht es nichts aus, wenn unterlassen wird, die Rechtsänderung durch Abstempelung der Aktienurkunden zum Ausdruck zu bringen. Für den Eintritt der Rechtsänderung genügt der Eintrag der Beseitigung der Vorrechte im Handelsregister.

§ 189. Aktienzeichnung. 1. LeipzZ. **14** 693, BauersZ. **22** 31 (Cöln). Ein im Ausland ausgestellter Zeichnungsschein auf neue Aktien muß dem inländischen Gesetz entsprechen. Die Form des Zeichnungsakts und das ganze Rechtsverhältnis, auf das sich die Zeichnung bezieht, unterstehen, da die AG. in Deutschland ihren Sitz hat, nach Art. 11 EGBGB. dem deutschen Recht. Die Anwendung des Art. 11 Satz 2 setzt voraus, daß die Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, ein gleichartiges Rechtsgeschäft regeln. Die französische AG. ist jedoch kein mit der deutschen AG. derart übereinstimmendes Rechtsgebilde, daß man die Absicht des französischen Gesetzes annehmen kann, daß die Formen für die Zeichnung der französischen AG. für die deutsche maßgebend sein sollen. Wurde die Zeichnung teils in Frankreich, teils in Deutschland vorgenommen, so war sie nur gültig, wenn die Form den Gesetzen beider Rechtsgebiete genügt. Deshalb entfällt der Einwand, daß in der nicht rechtswirksamen Zeichnung jedenfalls ein Vorvertrag liege. Auch dieser müßte den Vorschriften beider Rechte genügen. Aus §§ 189, 281 ergibt sich aber als Wille des Gesetzgebers, daß eine gültige Verpflichtung zum Bezuge von Aktien gegenüber der AG. nur in dieser Form eingegangen werden kann.

2. Notwendiger Inhalt der Aktienzeichnung. a) **RG.** JW. **14** 1040, HoldheimsMSchr. **14** 267, LeipzZ. **14** 1802, BauersZ. **22** 78, R. **14** Nr. 2725. Aus wohlerwogenen Gründen hat sich das Gesetz, als es die Beteiligungserklärung unter Formzwang stellte, nicht damit begnügt, die Gesellschaft einfach mit Sitz und Firma nennen zu lassen, sondern hat die Hinzufügung weiterer Merkmale verlangt. Es fordert zugleich das Datum des Statuts oder Erhöhungsbeschlusses und ferner Aufnahme der erheblichsten Punkte des Gründungs- oder Erhöhungsplans, endlich Angabe eines Endtermins für die Bindung des Zeichners. Alle diese Vorschriften sind zwingend, ihre Mißachtung hat Nichtigkeit des Zeichnungsscheins zur Folge. Da es sich dabei aber nur um Wahrung der Interessen des Zeichners handelt, genügt es, wenn die Gesellschaft bzw. der Erhöhungsbeschluß im Handelsregister eingetragen ist und der Zeichner sich als Aktionär betätigt hat; die Nichtigkeit soll dann geheilt sein. Anders verhält es sich mit dem zweiten Begriffsmerkmale, der Angabe der Höhe, in der der Zeichner sich beteiligen will. Hier kommt eine heilbare Nichtigkeit nicht in Frage; vielmehr kann die Angabe nur entweder verständlich oder unverständlich sein. In letzterem Falle ist sie unwirksam. Läßt sie sich aber verstehen, so macht es keinen Unterschied, ob Maß und Art der Beteiligung darin vollständig umschrieben sind oder ob zur Erläuterung das Statut (der Erhöhungsbeschluß) herangezogen werden muß. Angabe des Gesamtbetrags der Geldeinlage genügt. b) Holbeck, HoldheimsMSchr. **14** 135, behandelt den vom RG. in vorstehendem Urteil entschiedenen Fall, wo die Zeichnungserklärung auf 50 000 M.

Aktien gelautet hatte, ohne daß die Anzahl der Aktien aus dem Zeichnungsschein zu erkennen war. Die Untergerichte hatten erkannt, „zwar müsse nach § 189 Abs. 2 aus dem Schein hervorgehen, wieviel Aktien der Zeichner übernehmen wolle; es genüge aber, wenn dies für den Zeichner und die Gesellschaft aus dem Schein zu ersehen sei, wobei, soweit der Inhalt des Scheins an sich nicht schon die Anzahl ausdrücklich ergebe, ergänzend außerhalb desselben liegende, aber mit den Beteiligten bekannte Umstände (wie z. B. die Kenntnis des Nennwertes der einzelnen Aktien) herangezogen werden dürften." Gegen diese Begründung wendet sich Holbeck, der Zeichnungsschein habe nicht nur Bedeutung für die Kontrahenten, sondern sei auch ein dem Registergericht und der weiteren Öffentlichkeit gegenüber abgegebener rechtspolizeilicher Akt, der aus sich ohne Heranziehung des in ihm nicht zum Ausdruck kommenden Parteiwillens dem vorgeschriebenen Inhalte nach verstanden werden müsse; der Schein müsse also für jeden, auch für denjenigen, der den Nennwert der einzelnen Aktie nicht kennt, die Anzahl der gezeichneten Aktien ersichtlich machen. c) BauersZ. **21** 270 (Cöln). Der Zeichnungsschein muß die Anzahl der übernommenen Aktien angeben.

3. Anfechtung der Aktienzeichnung. Breit, GoldschmidtsZ. **76** 415, bringt eine Zusammenstellung der über die Anfechtung der Aktienzeichnung (und der der gleichen Behandlung unterliegenden Beteiligungen an einer GmbH. oder Genossenschaft) ergangenen Rechtsprechung. Er kommt — unter Berichtigung seiner in LeipzZ. **13** 337 vertretenen Ansicht — zu dem Ergebnis, daß dem getäuschten Aktionär grundsätzlich das Recht zur Anfechtung und zur Erhebung von Schadensersatzansprüchen zustehe; nur stehe es der Gesellschaft offen, auf Grund ihrer Bilanz den Nachweis zu führen, daß die Rückzahlung des gezeichneten Kapitals nur aus Grundkapital erfolgen könne, also sich wirtschaftlich als eine Rückzahlung der Einlage darstelle. Sei dies der Fall, dann sei die Anfechtung immer (und nicht bloß, wie Hachenburg, GmbHG. § 2 Anm. 34 wolle, für den Fall des Konkurses der Gesellschaft) ausgeschlossen. Der von der Gesellschaft zu verlangende Nachweis ist geführt, wenn nach Ausweis der letzten Bilanz (die Aufstellung einer besonderen neuen Bilanz ad hoc ist nicht nötig) keine Reserven vorhanden sind, aus denen die Zahlung erfolgen kann. Dabei kommen immer nur offene Reserven in Frage. Ergibt die Bilanz das Vorhandensein von ausreichenden Mitteln, so hat die Verurteilung zu erfolgen. Ergibt die Bilanz, daß eine entsprechende Reserve nicht vorhanden ist, dann ist eine endgültige Abweisung der Klage nicht möglich, weil ja der Anspruch als solcher besteht und nur zur Exekution geeignete Wertobjekte fehlen. Es ist deshalb auch hier die Verurteilung auszusprechen, aber eben unter entsprechender Einschränkung. Der Tenor des Urteils wäre dahin zu fassen, daß die Beklagte zur Zahlung aus dem bilanzmäßigen Gewinne des laufenden bzw. der folgenden Jahre verurteilt wird.

4. Fürst, LeipzZ. **14** 270, ZAktWes. **14** 17. Eine Bürgschaft oder Garantie der AG. zur Sicherung der Rechte aus der Zeichnung von Aktien ist unzulässig. Die Unzulässigkeit der Garantieverpflichtung ist auf die Gültigkeit der Aktienzeichnung selbst ohne Einfluß.

§ 192. Gründungsrevision. ZAktWes. **14** 81. Es ist nicht richtig, daß eine Prüfung der Gründung durch besondere Revisoren dann nicht mehr verlangt werden kann, wenn die Eintragung im Handelsregister bereits erfolgt ist, daß vielmehr in diesem Falle die Vorschrift des § 207 Platz greife. Gewinnt vielmehr der Registerrichter die Überzeugung, daß bereits bei der Gründung Vereinbarungen über eine Übernahme vorgelegen haben, so greift nicht mehr § 207 Platz, sondern es ist § 192 anzuwenden. Es erscheint daher notwendig, daß der Registerrichter, wenn er die Eintragung der Gesellschaft ohne Vorlage des Prüfungsberichts der besonderen Revisoren und der sonstigen im § 195 Ziff. 5 aufgeführten

Urkunden bewirkt hat, für die nachträgliche Einreichung dieser Schriftstücke Sorge trägt. Die Handhabe hierzu bietet die Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens nach § 14 HGB. § 319 Abs. 2 HGB., der die Verhängung von Ordnungsstrafen zur Erzwingung der Anmeldung einer AG. verbietet, spricht nicht dagegen, da es sich hier nicht um einen Zwang zur Anmeldung handelt.

§ 195. Anmeldung der Gesellschaft zum Register. 1. Abs. 3. Bare Einzahlung (vgl. § 312 Ziff. 1). **RG.** LeipzZ. **14** 933. Der Vorschrift des § 195 Abs. 3 über bare Einzahlung wird durch eine bloße Gutschrift bei einem Bankhaus und Einräumung freier Verfügung darüber ohne körperlichen, sei es unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Geldes nicht genügt.

2. BauersZ. **21** 268. Sowohl die Gründer wie die Aufsichtsratsmitglieder müssen sich bei Anmeldung der AG. zum Handelsregister darüber vergewissern, ob sich der Vorstand zu dieser Zeit noch im freien Besitz der 25 pCt. befindet. Eine Unterlassung in diesem Punkt, und mag sie auch nur auf Fahrlässigkeit beruhen, begründet die Haftung jedes einzelnen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß eine Klage des späteren Vorstandes oder Liquidators auf nochmalige Leistung der Viertelsdeckung von Erfolg begleitet ist, falls bei Anmeldung zwar bereits 25 pCt. aufgebracht, aber nicht mehr im freien Besitz des Vorstandes waren.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 212. Nebenleistungsaktiengesellschaften. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 204. Die nach älterem Rechte ungültige Rübenbaupflicht der Aktionäre kann durch einen unter dem neuen HGB. gefaßten Beschluß Wirksamkeit erlangen. Es ist nicht notwendig, daß dieser Beschluß die Verpflichtung zur Rübenlieferung besonders und ausdrücklich ausspricht; es genügt, daß die gefaßten Beschlüsse die Anerkennung jener Pflicht zur notwendigen Voraussetzung haben. (Vgl. JDR. **12** § 212 Ziff. 1.)

2. **RG. 84** 328, JW. **14** 474, BankA. **13** 278, BauersZ. **21** 224. Von einer aktienrechtlichen Verpflichtung zu Leistungen neben den Kapitalseinlagen kann nur dann die Rede sein, wenn den Aktionären als solchen in dem Sinn Leistungen obliegen, daß der Verpflichtete nicht wegen der ausschließlich bei ihm vorhandenen Verhältnisse, sondern schlechthin als Eigentümer der Aktie die Leistung zu bewirken hat. Diese Voraussetzung trifft wohl regelmäßig zu bei den Leistungen, die den Mitgliedern von Rübenzuckeraktiengesellschaften als gesellschaftliche Beiträge auferlegt sind, nicht aber, wenn die Aktionäre einer Straßenbahngesellschaft die Verpflichtung übernommen haben, alle zur Beförderung mit der Staatsbahn bestimmten Güter und alle mit der Staatsbahn ankommenden Güter durch die Gesellschaft befördern zu lassen. Das Fortbestehen einer solchen Verpflichtung ist von der Fortdauer der Aktionärstellung nicht notwendig abhängig.

3. Verweigerung der Genehmigung zur Übertragung einer mit einer Nebenleistung (Rübenbaupflicht) belasteten Aktie. a) **RG.** BauersZ. **21** 223, LeipzZ. **14** 949, HoldheimsMSchr. **14** 207, NaumburgAK. **14** 34. Wenn nach dem Statut die Aktionäre zur Anbauung eines bestimmten Stück Landes mit Rüben und weiter zur Ablieferung aller außerdem gebauten Rüben an die Gesellschaft verpflichtet sind und wenn die Übertragung der Aktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft zulässig ist, die Erteilung der Zustimmung aber aus wichtigen Gründen versagt werden kann, dann kann ein wichtiger Grund zur Versagung der Zustimmung darin gefunden werden, daß die Veräußerung an einen Aktionär erfolgen soll, der bisher außer den Pflichtrüben auch Überrüben

an die Gesellschaft lieferte, und deshalb zu befürchten ist, daß der neue Erwerber fortan die Rüben, die er ohne die Übertragung als Überrüben liefern würde, nun als auf die Aktie des Veräußerers entfallende Pflichtrüben liefern werde. Denn dann hat die Übertragung für die Gesellschaft die gleiche nachteilige Wirkung, wie wenn die Aktie von einer Person erworben würde, die außerstande ist, der Baupflicht zu genügen. Anders wäre die Sache nur dann zu beurteilen, wenn die Gesellschaft von ihren Mitgliedern so viel Rüben geliefert erhalten würde, daß sie an den Überrüben des Erwerbers kein Interesse hat, oder wenn wegen der Bereitwilligkeit des Erwerbers, künftig mehr zu liefern, die Verlustgefahr für die Gesellschaft nicht bestehen würde. b) Kaufmann, HoldheimsMSchr. **14** 133. Die Vorschrift des Statuts, daß die Gesellschaft die Zustimmung zur Übertragung der Aktien nur aus wichtigen Gründen verweigern dürfe, kann durch einfache Satzungsänderung aufgehoben werden.

§ 213. I. Anspruch auf Dividende. 1. BauersZ. **21** 220. Auszahlung der Dividende bei Beteiligung einer Ehefrau als Aktionärin. (Vgl. Vorbem. vor § 178.)

2. R. **14** Nr. 1900 (Colmar). Die Erben eines in das Aktienbuch eingetragenen Eigentümers von Aktien werden durch den Erbgang von Rechts wegen Aktionäre, auch wenn sie selbst in das Aktienbuch nicht eingetragen sind. Sie sind als solche auch vor ihrer Eintragung legitimiert zur Erhebung der auf die Aktien entfallenden Dividende. Dieser Anspruch kann ihnen auch durch Generalversammlungsbeschluß, dem sie nicht zugestimmt haben, nicht verkürzt werden.

3. Vertrag mit einem Dritten über Begrenzung der Gewinnverteilung. **RG. 83** 377, JW. **14** 305 Nr. 11, BauersZ. **21** 177, LeipzZ. **14** 476, 566, R. **14** Nr. 399. Was verteilungsfähiger Gewinn ist, ergibt allein die nach dem Gesetz und der Satzung aufzustellende Bilanz. Um daher der Generalversammlung ihre Verfügungsbefugnis zu schmälern, würde es einer Abänderung der Satzung bedurft haben. Die hierfür vorgeschriebenen Erfordernisse können nicht durch einen Vertrag ersetzt werden, inhaltlich dessen die AG. sich gegenüber einem Dritten verpflichtet, die Gewährung einer einen bestimmten Prozentsatz übersteigenden Dividende von der Zustimmung des Dritten abhängig zu machen. Ein Beschluß der Generalversammlung, der gegen diesen Vertrag verstößt, unterliegt nicht der Anfechtungsklage nach § 271 HGB. seitens der Aktionäre; er ist an sich gültig. Allein auch wenn der Dritte rechtlich nicht imstande ist, die Verteilung der höheren Dividende zu hindern, so kann er doch recht wohl geltend machen, daß die AG. durch Fassung des Verteilungsbeschlusses dem Vertrage zuwidergehandelt habe, und er kann unter anderem Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder nach §§ 325 f. BGB. vom Vertrage zurücktreten. Die Zulässigkeit des Abschlusses eines derartigen Vertrags mit einem Dritten unterliegt keinem Bedenken. Das Gesetz enthält keine Zwangsvorschrift, wonach die Generalversammlung in der Verfügung über den Gewinn unbedingt frei sein müßte. Die Ansicht, die jede Beeinflussung der Dividendenfestsetzung durch einen Dritten als gesetzwidrig ablehnt, geht zu weit. Die Beschaffenheit des Einzelfalls muß hier entscheiden. — Vgl. hierzu Bondi, DJZ. **14** 912.

4. BauersZ. **21** 173. Recht des Angestellten wegen seines Tantiemenanspruchs die Festsetzung der Dividende zu beanstanden. Vgl. § 262 Ziff. 5.

5. **RG.** BauersZ. **21** 241. Anfechtung der Entlastung des Vorstandes, der an gewisse Aktionäre Vorschüsse auf Dividenden gewährt. Vgl. § 271 Ziff. 9.

6. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 153. Die Aktionäre sind zur Rückzahlung der bösgläubig empfangenen Vorschüsse auf Dividenden verpflichtet.

7. BayerZ. **22** 52. Aufschiebung der Gewinnverteilung bis zur Beendigung des Krieges. Ein Beschluß der AG., daß die Verteilung einer späteren Zeit vorbehalten bleibt, ist zulässig. Weder das Gesetz noch das Statut erheischt, daß der auf die genehmigte Bilanz zurückzuführende Reingewinn auch sofort verteilt werden und daß die Generalversammlung sich sofort hierüber schlüssig machen müsse.

II. Rückgabe von Sacheinlagen. BayerZ. **21** 127. Wenn Streit über den Wert der bei Gründung oder Kapitalserhöhung gemachten Sacheinlagen entsteht, so pflegt man diesen Streit häufig durch Rückgängigmachen des Einlagegeschäfts zu beseitigen, indem die AG. die Sacheinlagen, der betr. Aktionär die dafür erhaltenen Aktien zurückgibt. Meist vollzieht man diese Wandlung formlos oder läßt sie nur durch einen Generalversammlungsbeschluß gutheißen. Mit Rücksicht auf § 213 HGB. darf aber eine solche Maßnahme nur im Wege der Herabsetzung des Grundkapitals erfolgen.

§ 215. Bauzinsen bei verschiedenem Einzahlungsverhältnisse. *Veit Simon, Die Interimsscheine (s. § 179) § 20 III. Sind die Einzahlungen nicht auf alle Aktien in demselben Verhältnisse geleistet, so werden die Bauzinsen im Zweifel nach der Höhe der Einzahlungen berechnet, da sie dem Aktionär einen Ersatz für die ihm entgehende Rente aus seiner Einlage bieten sollen.

§ 219. Kaduzierung. BayerZ. **21** 220. Kaduzierung einer Ehefrau gehöriger Aktien. Vgl. Bem. vor § 178.

§ 222. 1. Die Entstehung der Aktien. *Veit Simon, Die Interimsscheine § 19. a) § 794 BGB. ist auf Aktien und Interimsscheine nicht anwendbar. b) Aktien und Interimsscheine werden Eigentum des Aktionärs ohne jede rechtsgeschäftliche Übereignung, nur gemäß § 952 BGB., und zwar Namensaktien und -interimsscheine mit der Vollendung der Ausstellung, Inhaberaktien und -interimsscheine, sobald das Papier zur Urkunde über ein bestimmtes Aktienrecht wird, d. h. mit der Konzentrierung der Verpflichtung der AG. zur Verschaffung einer Aktie auf die bestimmte Urkunde. c) Die Wertpapiereigenschaft der Aktien und Interimsscheine entsteht nur durch Begebung.

2. Übertragung einer Namensaktie. a) HansGZ. **14** Hptbl. 104, BayerZ. **22** 102. Die Übertragung einer Namensaktie an jemanden, an den sie nach den Satzungen nicht übertragen werden darf, ist nicht schlechthin nichtig, sondern nur der Gesellschaft gegenüber unwirksam, während sie im Verhältnisse des Veräußerers und Erwerbers gültig ist, so daß ein Weiterverkauf einer solchen Aktie möglich bleibt. Vgl. **RG.** ZAktWes. **14** 128 und HansGZ. **14** Hptbl. 224. **b)** BayerZ. **22** 29 und HoldheimsMSchr. **14** 67 f. schon JDR. **12** § 222 a.

§ 223. R. **14** Nr. 1900 (Colmar). Einfluß einer Nichteintragung der Erben in das Aktienbuch auf ihr Dividendenbezugsrecht vgl. § 213 Ziff. I 2.

§ 226. Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft. Leist, HoldheimsMSchr. **14** 2. Seit der Entscheidung des RG. (JW. **09** 433) hat sich die Rechtsanschauung Bahn gebrochen, daß die AG. eigene Aktien erwerben und als bestehende Werte zum Verkehrswert als Aktivum in die Bilanz ohne Änderung der Grundkapitalsziffer einstellen darf. Diese Auffassung stützt sich auf § 215 und ist nur zutreffend mit der Einschränkung auf den Erwerb eigener Aktien bei der Ausführung von Kaufs- und Verkaufsgeschäften, wie sie der Alltagsverkehr mit sich bringt, in der Zwangsvollstreckung oder durch Schenkung, Vermächtnis und in sonstigen außerordentlichen Fällen im Interesse der Gesellschaft. Wann ein solcher Fall rechtmäßigen Ankaufs vorliegt, ist Tatfrage. Jeden-

falls konvaleszziert ein die Vorschrift des § 226 verletzender Generalversammlungsbeschluß nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 271. Eine absolute Grenze findet die Autonomie der Generalversammlung in den Vorschriften über Erhaltung des Grundstücksvermögens (§§ 213, 215, 261); eine Verletzung dieser Vorschriften zieht unheilbare Nichtigkeit des Beschlusses nach sich. — Über die Buchung eigener Aktien vgl. auch BauersZ. **21** 121 und 269.

§ 227. 1. Amortisation der Aktien. KGJ. **45** 172, BauersZ. **21** 153, DNotV. **14** 742, DJZ. **14** 309 (KG.). Ein in Abänderung der Satzung gefaßter Beschluß des Wortlauts „Die Amortisation von Aktien kann erfolgen, soweit dies nach § 227 HGB. gestattet ist" ist nicht eintragungfähig. Nach § 227 ist zwischen mehreren Arten der Einziehung zu unterscheiden. Unterscheidungsmerkmale sind einmal die Mittel, mit denen die Einziehung bewirkt werden soll (einerseits aus dem Reingewinn, anderseits nach den für die Herabsetzung des Grundkapitals geltenden Vorschriften), weiter die Art der Ausführung (freiwillige oder Zwangsamortisation). Der Gesellschaftsvertrag muß klar ergeben, welche Art angeordnet und gestattet ist. An solcher Bestimmtheit fehlt es hier.

2. Die Aktieneinziehung bis zu dem Betrag des verfügbaren Reingewinns und die verschiedenen Bilanzierungsmethoden. Leist, HoldheimsMSchr. **14** 1. In ihrer ursprünglichen Bedeutung war die Einziehung ein Rechtsakt, durch den die Gesellschaft Aktien mit der Absicht und mit der Wirkung des Unterganges und der gleichzeitigen Verminderung des Aktienkapitals erwarb. Es handelte sich damals meist um Verkehrsunternehmungen, bei denen diese Rechtswirkung der Amortisation in den staatlich genehmigten Statuten angeordnet war. Die Aktientilgung ging parallel mit dem Ablauf der Konzessionsdauer. Sie erfolgt nur scheinbar aus dem Reingewinn; in Wirklichkeit war sie nur eine dem allmählichen Erlöschen der Konzession entsprechende Abschreibung. Diese Abschreibung in Form der Aktieneinziehung ist auch heut noch keine seltene Erscheinung. Zwischen dieser Abschreibung und der Einziehung aus dem Reingewinn (§ 227) bestehen keinerlei Zusammenhänge. Nach der in Theorie und Praxis herrschenden Anschauung sieht man in der Einziehung eine absolute Vernichtung des objektiven Aktienrechts und damit auch eine Kapitalsminderung. § 215 HGB. verbietet aber eine direkte oder indirekte formlose Verminderung der kapitalistischen Grundlage. Um diese Folgeerscheinung zu verhindern und doch die Auffassung, die rechtlich in der Einziehung eine Aktienkapitals-Rückzahlung sieht, auch buchmäßig zum Ausdruck zu bringen, stellt man das Erfordernis auf, den vom Grundkapital abgebuchten Betrag der amortisierten Aktien auf ein besonderes Reservekonto (ein zweites Kapitalkonto) zu übertragen. Vom Rechtsstandpunkt aus muß man aber diese Bilanzierungspraxis als unzulässig bezeichnen. Im Gegensatz zu dieser herrschenden Ansicht ist anzunehmen, daß die Amortisation wirtschaftlich und rechtlich eine Minderung des Aktienkapitals nicht nach sich zieht. Wirtschaftlich nicht, weil in dem Besitz eigener Aktien nur das verfügbare Aktienplus umgewandelt werden, nötigenfalls nur dieser Überschußbetrag aus der gesellschaftlichen Vermögenssphäre ausscheiden darf, weil also das Grundvermögen, ausgewiesen durch die Aktien- und Zwangsreservekapitalziffer, unangetastet bleibt. Rechtlich ist die Voraussetzung für eine Kapitalsherabsetzung nicht gegeben, weil diese nach §§ 288 ff. an einen besonderen Formalakt gebunden ist. Da also die Einziehung von Aktien an und für sich eine Kapitalsherabsetzung nicht zur Folge hat, so erledigt sich damit die weitere Frage, ob in der Einziehung eine Aktienkapitalsrückzahlung liegt.

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231. 1. Dienstverhältnisse des Vorstandes. a) BauersZ. **21** 193. Ein Vorstandsmitglied ist nicht verpflichtet, Briefe, die es über gesell-

schaftliche Angelegenheiten mit Dritten gewechselt hat, herauszugeben. Die Verweigerung der Herausgabe ist kein Entlassungsgrund. **b)** **RG.** BauerZ. **22** 2. Rechnungslegung über Vertrauensspesen. Gewohnheitsrechtlich besteht eine Rechnungslegungspflicht der Vorsteher von juristischen Personen über ihnen gewährte Vertrauensspesen nur dann, wenn ihnen dies ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist oder wenn sich etwas anderes aus konkludenten Handlungen ergibt. Ein Vorstandsmitglied, das ständig über die Verwendung von Vertrauensspesen dem Aufsichtsrat Rechnung gelegt und die Aufstellung hierüber dem Archiv der Gesellschaft überwiesen hat, muß ebenso angesehen werden wie ein Direktor, der die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung ausdrücklich durch Vertrag übernommen hat. **c)** BauerZ. **22** 49. Das Vorstandsmitglied hat die Pflicht, strafbare Handlungen seines Kollegen dem Aufsichtsrat mitzuteilen. **d)** BauerZ. **22** 50. Der ausgeschiedene Vorstand ist im Konkurse der AG. zur Leistung des Offenbarungseids nicht verpflichtet. **e)** **RG.** BauerZ. **22** 98. Es stellt eine Vertragsverletzung dar, wenn dem Vorstand die bisherige alleinige Leitung grundlos durch Danebensetzen eines zweiten Vorstandsmitglieds aus der Hand genommen wird.

2. Entlassung des Vorstandes. **a)** BauerZ. **21** 145. Wird die Bestellung zum Vorstandsmitglied widerrufen, so fällt nicht bloß die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung weg, sondern es erreicht auch das Dienstverhältnis selbst sein Ende. **b)** **RG.** BauerZ. **22** 25. Der zu Unrecht entlassene Gesellschaftsleiter muß das Anerbieten der Fortbeschäftigung nur dann annehmen, wenn es klar zu erkennen gibt, daß die Entlassung zu Unrecht erfolgt ist. **c)** **RG.** BauerZ. **22** 50. Die Suspension ist begrifflich etwas anderes als die Entlassung. Der Suspendierte bleibt Vorstandsmitglied; er muß sich zur Verfügung der dienstberechtigten Gesellschaft halten. Die ausgesprochene Entlassung hat keine Rückwirkung auf das Datum der vorausgegangenen Suspension, wenn die Umstände nicht ein anderes ergeben. **d)** Das Vorstandsmitglied kann schon nach der Kündigung ein Dienstzeugnis verlangen.

§ 232. Kollektivvertretung. 1. Klage des kollektiv zeichnenden Vorstandsmitglieds gegen den anderen Vorsteher auf Unterlassung eigenmächtigen Handelns vgl. § 115 Ziff. 2a, b (BauerZ. **21** 122, SächsOLG. **35** 151).

2. Abs. 2. **a)** OLG. **27** 315, DNotV. **14** 740 (Celle). Die Satzung kann bestimmen, daß ein Prokurist nur in Gemeinschaft mit einem Vorstandsmitgliede zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sein soll. Die Einschränkung bedarf aber der Eintragung in das Handelsregister. **b)** OLG. **28** 343, SächsRpflA. **14** 158, LeipzZ. **14** 967, BauerZ. **21** 173 (Dresden). Die Prokura eines Kollektivprokuristen, der nach dem Statut die Gesellschaft entweder gemeinsam mit dem einzigen vorhandenen Vorstandsmitglied oder mit einem anderen Kollektivprokuristen vertreten darf, muß nach Wegfall des anderen Kollektivprokuristen nicht notwendig gelöscht werden. Zwar kann natürlich das einzige vorhandene Vorstandsmitglied die Gesellschaft allein ohne Zuziehung des Prokuristen vertreten. Der Beibehaltung des Prokuristen stehen aber rechtliche Bedenken nicht entgegen. Ob nach dem Erlöschen der Prokura des ausgeschiedenen Prokuristen ein praktisches Bedürfnis für die Beibehaltung der Prokura des anderen Prokuristen besteht, bestimmt sich nach der Einrichtung des Geschäftsbetriebs und unterliegt ausschließlich dem eigenen Urteil der Gesellschaft. — Gegen den vorstehenden Beschluß wendet sich DNotV. **14** 741/2.

§ 237. Tantieme des Vorstandes. 1. Anfechtung zu hoher, sein Tantiemerecht schmälernder Abschreibungen durch den Vorstand. BauerZ. **21** 1. Für die Frage, ob der Vorstand solche, durch das Gesetz nicht gebotene Gewinnverwendungen zur Wahrung seiner privaten Interessen anfechten kann, kommt es in erster Linie darauf an, ob die Generalversammlung laut Gesellschaftsvertrag das Recht hat, höhere Abschreibungen vor-

zunehmen, als die Entwertung der Vermögensgegenstände austrägt. Heißt es in den Satzungen, daß die Abschreibungen auf Sachkonten mindestens soundso viel Prozent ausmachen müssen, so kann sich der Vorstand nicht beschweren, wenn die Generalversammlung über den Mindestsatz hinausgeht. Bestimmt jedoch der Gesellschaftsvertrag in Ansehung der Abschreibungen nichts oder läßt er nur genau angegebene Prozente zu oder verweist er auf das Gesetz, dann haben sich die Abschreibungen in den Grenzen des Erforderlichen zu bewegen. Überabschreibungen können nicht nur die Aktionäre nach § 271 Abs. 3 anfechten, sondern auch der Vorstand; denn die im § 271 letzter Absatz dem Vorstand gegebene allgemeine Ermächtigung schließt das Recht in sich, einen Generalversammlungsbeschluß ganz formlos anzufechten, der höhere Abschreibungen gutheißt, als Gesetz und Statut erlauben. Das Anfechtungsrecht des Vorstandes wäre auch dann anzuerkennen, wenn nach dem Statut nicht die Generalversammlung, sondern der Aufsichtsrat über die Höhe der Abschreibungen beschließt; denn abgesehen davon, ob eine derartige Statutbestimmung zulässig ist, werden durch die Aktionäre mit der Bilanz gleichzeitig deren einzelne Bestandteile, wie Abschreibungen, genehmigt, und damit ist der der Anfechtung unterliegende Generalversammlungsbeschluß genehmigt. Vgl. unten Ziff. 3, § 271 Ziff. II 1. (BayersZ. **21** 173 u. 197) und **RG.** R. **14** Nr. 247.

2. BauersZ. **22** 26. Der der Tantieme zugrunde liegende Reingewinn bedarf der Festsetzung durch die Generalversammlung; sie hat darüber zu befinden, ob die Tantieme in den Grenzen des § 237 berechnet wurde. Der die Tantieme genehmigende Beschluß würde der Anfechtung nach § 271 unterliegen, wenn offenbar wäre, daß der Vorstand und Aufsichtsrat überhaupt keine oder keine so hohe Tantieme zu fordern hat.

3. **RG** **83** 319, JW. **14** 198, BauersZ. **21** 146, ZAktWes. **14** 19, LeipzZ. **14** 566, R. **14** Nr. 244. S a t z u n g s w i d r i g b e s c h l o s s e n e A b s c h r e i b u n g e n. Auch die Abschreibungen und Rücklagen, die von der Generalversammlung satzungswidrig beschlossen wurden, bleiben tantiemefrei, soweit nicht der Beschluß rechtswirksam angefochten wurde. Der Gesetzgeber wollte im Prinzip bedingungslose Unterwerfung der Tantiemeansprüche des Vorstandes unter den über die Höhe der Rücklagen befindenden Willen der Gesellschaft. Beschloß die Generalversammlung Rücklagen, die nach der Satzung nicht beschlossen werden durften, so konnten damit Rechte der Aktionäre verletzt werden, niemals aber Rechte des Vorstandes auf Tantieme. Unterlassen die Aktionäre die Anfechtung, so liegt für alle Teile die Sache so, als wäre der Beschluß überhaupt nicht satzungswidrig gewesen. Der Vorstand kann insbesondere nicht mit der Behauptung gehört werden, selbst die vorsichtigste Verwaltung habe Rücklagen in der beschlossenen Höhe im Interesse der Gesellschaft nicht zu beschließen brauchen. Kann nicht behauptet und bewiesen werden, daß der Beschluß gefaßt ist, um den Vorstand zu schädigen, ihn um seine Tantieme zu bringen, dann ist der bloße Einwand, das Interesse der Gesellschaft habe so hohe Rücklagen nicht erfordert, nicht zu hören. Auch der Umstand, daß der Vorstand den Beschluß der Generalversammlung nicht anfechten konnte — weil er nicht Aktionär ist oder weil er die Anfechtungsklage nach § 271 Abs. 3 nicht als Dienstverpflichteter oder Tantiemeberechtigter, sondern nur zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen erheben darf — ist belanglos. HansGZ. **04** Hptbl. 122 betraf einen anders gelagerten Fall. Vgl. BauersZ. **21** 173 (Breslau), Ziff. 5 zu § 262, und G o l d s c h m i d t, DJZ. **14** 1204.

4. B a u e r s Z. **21** 149. R ü c k f o r d e r u n g g e s e t z w i d r i g e r, v o m V o r s t a n d b e z o g e n e r T a n t i e m e n d u r c h A n f e c h t u n g d e s G e w i n n v e r t e i l u n g s b e s c h l u s s e s u n d w e g e n B e r e i c h e r u n g. Verstößt ein Generalversammlungsbeschluß gegen die §§ 237, 245, dann hat jeder hiergegen zu Protokoll Widerspruch erhebende Aktionär das Recht der Anfechtung nach §§ 271 ff. Das Obsiegen des anfechtenden Aktionärs hat die Nichtigkeit des

beanstandeten Beschlusses zur Folge. Ähnliche Gesetzesverletzungen früherer Jahre, die ebenfalls durch die Generalversammlung gutgeheißen wurden, werden dadurch nicht betroffen. Das Durchdringen mit der Anfechtungsklage nötigt den Bezieher der gesetzwidrigen Tantieme noch nicht zur Rückzahlung, vielmehr wäre die Durchführung des Urteils Sache der Verwaltung. Diese kann wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Empfängers klagen. Auch sonst ist der Vorstand in der Lage, im Widerspruch mit §§ 237, 245 ausgezahlte Tantiemen ohne Durchführung eines Anfechtungsprozesses nach § 812 BGB. zu fordern. Einer solchen Klage kann der Tantiemeempfänger den Einwand aus § 814 entgegensetzen. Das Rückforderungsrecht der AG. geht unter, wenn ein einziges Vorstandsmitglied Kenntnis von dem Nichtbestehen des Tantiemeanspruchs besaß.

5. BauersZ. **22** 26. Weichen die Bestimmungen des Anstellungsvertrags und des Gesellschaftsvertrags in bezug auf die Vorstandstantiemen voneinander ab, dann soll nach der einen Ansicht der Gesellschaftsvertrag den Ausschlag geben; denn nach § 277 bildet das Statut bis zu seiner formgerechten Abänderung die Richtschnur für alle Gesellschaftsorgane, also auch für den Vorstand. Dieser mußte oder müßte aus der Kenntnisnahme des Statuts die Ungültigkeit der Bestimmung des Anstellungsvertrags wissen. Gegen diese Ansicht läßt sich einwenden, daß die Tantiemevorschrift des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags nicht für die später bestellten Vorstandsmitglieder gilt und daß § 247 Abs. 1 HGB., wonach der Aufsichtsrat „unbeschränkt" befugt ist, die AG. bei der Vornahme von Rechtsgeschäften — also beim Abschlusse von Anstellungsverträgen mit den Vorstandsmitgliedern — zu vertreten, überhaupt durch das Statut unbeschränkbar ist.

6. BauersZ. **22** 74. Hat die Generalversammlung einen Reingewinnbetrag für einen tantiemepflichtigen Zweck bestimmt, so ist der Anspruch auf die Tantieme erwachsen. Wird in der Folge der betreffende Reingewinnbetrag seinem beabsichtigten Zwecke entfremdet oder kommt es überhaupt nicht zu der in Aussicht genommenen Bestimmung und erlangt der fragliche Reingewinnbetrag dann eine tantiemefreie Verwendung, so wird damit nicht die Rückgabepflicht für die berechnete Tantieme begründet.

7. BauersZ. **21** 195, LeipzZ. **14** 789, SchlHolstAnz. **14** 37 (Kiel). Unter Reingewinn im Sinn des § 237 ist der bilanzmäßige Reingewinn zu verstehen, wie er sich aus der Gewinn- und Verlustrechnung des betreffenden Jahres ergibt. Wie ein Verlustvortrag aus dem Vorjahr den Gewinn des nächsten Jahres schmälert, so erhöht ihn ein Gewinnvortrag, den die Gesellschaft aus dem Vorjahr auf die neue Rechnung vorgetragen hat. Auch wenn also Vorstand und Aufsichtsrat schon im Jahre 1911 für den Gewinnvortrag aus 1911 auf 1912 Tantieme erhalten haben, ist gleichwohl dieser Gewinnvortrag als Rechnungsposten für den bilanzmäßigen Reingewinn des Jahres 1912 wieder mitzuberücksichtigen. Ebenso ist aber in Übereinstimmung mit Rehm, Bilanzen 329, die Zubilligung einer Tantieme aus dem Teil des Reingewinns zulässig, der als Gewinnvortrag für 1913 gebucht und nicht verteilt ist. Der Gewinnvortrag für das neue Jahr stellt keine Rücklage im Sinne der §§ 237, 245 dar. (Vgl. u. § 245.)

8. LeipzZ. **14** 1817, ZAktWes. **15** 8, BauersZ. **22** 74 (Colmar). Es ist herrschende Ansicht, daß von dem Gewinnvortrag in dem Jahre, in dem er vorgetragen wird, eine Tantieme nicht berechnet werden darf. Der Gewinnvortrag bildet eine Rücklage, weil hierzu alles gehört, was nicht zur Verteilung gelangt. Das **RG.** (JW. **05** 346) hat zutreffend ausgeführt, daß Rehm die Reservefondsnatur des Gewinnvortrags zu Unrecht bestreitet.

9. BauersZ. **21** 218. Ein Ausweg, der den Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsrats den Anspruch auf die Tantieme von den außerordent-

lichen Abschreibungen und außerordentlichen Rücklagen sichert, besteht darin, den Tantiemesatz abzustufen. Das Gesetz verbietet nicht, den Tantiemesatz zu differenzieren und für den Fall, daß besondere Reserven gelegt und höhere Abschreibungen vorgenommen werden, angemessen zu erhöhen, jedoch mit der Einschränkung, daß über die Tantiemesumme, wie sie bei gewöhnlichen Abschreibungen und ohne Spezialreserven sich ergibt, nicht hinausgegangen werden darf.

10. Berechnung der Tantieme für ein während des Geschäftsjahrs ausgeschiedenes Vorstandsmitglied. BauersZ. **21** 170. Im Falle der Auflösung des Dienstverhältnisses während des Geschäftsjahrs wird die Tantieme nicht von dem bis zur Auflösung bereits erzielten Geschäftsgewinn berechnet. Denn sonst müßte eine besondere Bilanz für den Tag des Dienstvertragsendes aufgestellt werden, was einen erheblichen Zeitaufwand erfordern würde. Daraus, daß der Zeitpunkt, in dem der Gewinn erzielt wurde, nach Beendigung des Dienstverhältnisses eintritt, folgt übrigens noch keineswegs, daß nicht schon während des Bestehens des Dienstverhältnisses Verhandlungen und Vorarbeiten über die gewinnbringenden Geschäfte geschwebt haben. Es entspricht aber auch praktischen Erwägungen und der Üblichkeit, dem inmitten des Jahres ausscheidenden Direktor die Tantieme vom Jahresgewinn nach Verhältnis der Zeit seiner Anstellung zu gewähren. Eine Unbilligkeit für die Gesellschaft kann zwar entstehen, wenn ein Gewinn ohne Mitwirkung des Ausgeschiedenen in der Zeit nach seinem Austritt erzielt wird. Die Unbilligkeit ist aber nicht annähernd so groß, als wenn man von ihr die Zahlung einer erheblichen Tantieme fordert, obgleich die AG. infolge späterer Verluste gar keinen Gewinn erzielt hat.

11. BauersZ. **21** 171. Über den Einfluß der verschiedenen bilanzmäßigen Behandlung der Wehrsteuer (Nichteinsetzen der Wehrsteuerbeträge in die Gewinn- und Verlustrechnung, Einstellung in die offenen Reserven, Absetzen der Wehrsteuer von dem Gewinnvortrage für das nächste Jahr) auf die Berechnung der Tantieme.

§ 238. Prokura. 1. BayRpflZ. **14** 276, BauersZ. **21** 266 (BayObLG.). Bei Anmeldung der Erteilung einer Prokura zum Handelsregister ist die Mitwirkung eines Prokuristen unzulässig.

2. DNotV. **14** 387 (Hamburg). Zur Anmeldung der Erteilung einer Prokura (für eine Zweigniederlassung einer AG.) ist erforderlich, daß sie durch die Mitglieder des Vorstandes in dem zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Umfange geschieht. Die Anmeldung durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen, auch wenn diese zusammen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind, genügt nicht.

3. Aufstellung eines Bevollmächtigten durch den Vorstand. BauersZ **21** 3. Ein Wechsel in der Person der Vorstandsmitglieder ist auf die Dauer des von ihnen erteilten Auftrags ohne Einfluß; denn der Beauftragte leitet seine Rechte aus dem Auftragsverhältnisse von der durch den Vorstand vertretenen AG. ab.

§ 241. Haftung der Vorstandsmitglieder. 1. BauersZ. **22** 3. Haftung des Vorstandes und der revidierenden Aufsichtsratsmitglieder für fortdauernde Unterschlagungen eines Angestellten.

2. BauersZ. **22** 73. Die von den Vorstandsmitgliedern anzuwendende Sorgfalt: Mangelnde Kenntnisse entschuldigen nicht. Folgen einer unter den Vorstehern geübten Arbeitsteilung vgl. § 34 GenG.

3. Abs. 4. Verjährung. Beginn der fünfjährigen Verjährungsfrist vgl. **RG. JW. 14** 310, unten Ziff. 4 zu § 34 GenG.

§ 243. Aufsichtsrat. 1. BauersZ. **22** 4. Krieg und Aufsichtsrat. Ein wegen des Krieges zum Heer einberufenes Aufsichtsratsmitglied, das vielleicht

monatelang seinen Obliegenheiten als Kontrollorgan nicht genügen kann, scheidet deshalb keineswegs aus, sein Amt dauert vielmehr bis zum Ablauf bzw. bis zu seiner Abberufung. Solange das Mitglied lebt, erscheint eine Anwendung des § 315 Ziff. 1 unmöglich. Es kommt nach dieser Gesetzesstelle bloß auf das Vorhandensein der zur Beschlußfähigkeit gehörenden Mitgliederzahl an, nicht aber auch darauf, ob diese an der Ausübung ihrer Tätigkeit verhindert sind. Vgl. ZAktWes. **14** 121, 123.

2. Junck, LeipzZ. **14** 1642. Delegation in den Aufsichtsrat. Der neuerdings so beliebten Form der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmung ist es geradezu eigentümlich, daß den beteiligten öffentlich-rechtlichen Körperschaften (Städten, Kreisen) eine entsprechende „Vertretung" im Aufsichtsrat eingeräumt wird. In der Regel werden die zugrunde liegenden Verabredungen glatt erfüllt. Eine andere Frage ist, ob solche Vereinbarungen rechtlich bindend sind. Sie ist zu verneinen. § 243 HGB. ist zwingender Natur; ein Gesellschaftsvertrag, der Bestimmungen über Delegationen in den Aufsichtsrat enthält, muß also vom Registerrichter abgelehnt werden (so schon KGJ. **32** A 136; ebenso **RG. 83** 382, „daß die Satzung keine Abordnung von Außenstehenden in den Aufsichtsrat verfügen dürfe"). Man kann solche Bestimmungen nicht dadurch retten, daß man sie als bloße Beschränkung der passiven Wahlfähigkeit für eine gewisse Anzahl von Aufsichtsratsstellen kennzeichnet. Die Forderung gewisser Eigenschaften als Voraussetzung der passiven Wahlfähigkeit ist etwas ganz anderes als die Aufstellung der Verpflichtung, bestimmte Personen zu wählen oder nicht zu wählen. Auch die Versuche Staubs (zu §§ 243 und 317), eine solche Vereinbarung als gültig zu erklären, gehen fehl; unter § 317 fallen solche Vereinbarungen allerdings nicht; aber es bleibt doch bestehen, daß die Aufgabe der Wahlfreiheit eine mit § 243 unvereinbare Handlung bedeutet. — Die gleiche Ansicht wird vertreten von Full, BayRpflZ. **14** 17, 166.

3. **RG.** BauersZ. **22** 99. Ein vom Aufsichtsrat bestellter Ausschuß kann nur mit Einstimmigkeit aller Mitglieder Beschlüsse fassen.

§ 245. Tantieme des Aufsichtsrats (vgl. o. § 237 Ziff. 7). BauersZ. **21** 195, LeipzZ. **14** 789, SchlHolstAnz. **14** 37 (Kiel). Der Gewinnvortrag aus dem Vorjahr ist der Berechnung der Tantieme mit zugrunde zu legen. Das gleiche gilt auch für den Teil des Reingewinns, der als Gewinnvortrag für das nächste Geschäftsjahr gebucht und nicht an die Aktionäre verteilt ist. Dieser Vortrag für neue Rechnung stellt nicht eine „Rücklage" im Sinne der §§ 237, 245 dar. Denn unter Rücklage versteht das Gesetz nur den eigentlichen Reservefonds in der verkehrsüblichen Bedeutung dieses Wortes; der Geschäftsverkehr aber sieht den Gewinnvortrag nicht als Reservefonds an, unterscheidet vielmehr zwischen beiden.

§ 246. Stellung des Aufsichtsrats. 1. Revisionstätigkeit des Aufsichtsrats. **a)** BauersZ. **21** 3. Die im § 246 dem Aufsichtsrat auferlegte Verpflichtung, die Bücher der Gesellschaft einzusehen, zwingt den Aufsichtsrat nicht zur postenweisen Vergleichung sämtlicher Geschäftsbücher, vielmehr hat man sich die Revision großzügiger zu denken. Es genügt, daß der Aufsichtsrat jedes Konto von einiger Bedeutung im Hauptbuche bzw. im Kontokurrent genau nachprüft und, wenn nötig, auch die Übertragungen der einzelnen Posten aus den Grundbüchern revidiert. Daneben darf der korrekte Übergang dieser Konten in den Jahresabschluß nicht ungeprüft bleiben. Der Aufsichtsrat hat überhaupt die Inventur am Jahresschluß, und zwar sowohl Aktiva wie Passiva, nachzuprüfen und mindestens durch Stichproben zu kontrollieren. **b)** BauersZ. **21** 172. Nach dem Stande unserer Gesetzgebung ist es ganz ausgeschlossen, daß der Aufsichtsrat einer noch so großen AG. seine Unterlassung jedweder Buchführungs- und Bilanzprüfung mit dem Hinweise darauf entschuldigen kann, ihm sei die Durchführung einer solchen Aufgabe unmöglich. Zum mindesten muß er den Nachweis erbringen,

daß die inneren Einrichtungen der Gesellschaft und namentlich die Überwachung der Buchführung jahrelange und unschwer zu entdeckende Unterschleife ausschließen. Das gleiche gilt von AG. geringen Umfanges. Auch hier muß der Aufsichtsrat, wenn er nicht selbst die Arbeiten eines Bücherprüfers vornehmen will oder kann, für das Vorhandensein einer ausreichenden Kontrolle, besonders für eine genaue Revision der Bücher sorgen.

2. **RG. 82** 182, BayerZ. **21** 243. Tantiemeberechtigte Mitglieder des Aufsichtsrats sind in Prozessen der AG. eidlich als Zeugen zu vernehmen; § 393 Ziff. 4 ZPO. findet keine Anwendung.

§ 250. Generalversammlung. 1. ZAktWes. **14** 92. Daß eine Generalversammlung, die an einem anderen als dem angekündigten Orte tagt, keine einberufene oder überhaupt keine rechtliche Generalversammlung ist, daß ihre Beschlüsse null und nichtig sind, ist außer Zweifel. Anders liegt der Fall, wenn die Versammlung in dem angekündigten Orte (Berlin), ja sogar in derselben Straße und demselben Hause und nur in einer anderen Wohnung stattfindet. Bestimmt das Statut ein bestimmtes Lokal, so muß die Generalversammlung in dieses berufen werden; geschieht dies nicht, so werden die gefaßten Beschlüsse jedoch nur dann anfechtbar sein, wenn der Ort der Generalversammlung auf ihre Beschlüsse möglicherweise von Einfluß war.

2. Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung. LeipzZ. **14** 405, BayerZ. **21** 149 (Colmar). Der Aktionär, dem der Vorstand auf bestimmte Fragen keine Antwort gab, hat keine (Bilanz-) Anfechtungsklage, weil es ein sog. Individualrecht des einzelnen Aktionärs gegen den Vorstand auf Auskunfterteilung (über einzelne bestimmte Posten der Bilanz) nicht gibt. Anders verhält es sich nur in denjenigen Fällen, in denen schon kraft Gesetzes oder Satzung, abgesehen von jedem Beschlusse der Generalversammlung, eine Auskunftpflicht besteht, z. B. Rechenschaft zu legen ist. Sonst aber ist der Vorstand bloß der Generalversammlung Rede und Antwort schuldig. Der einzelne Aktionär hat kein anderes Mittel, den Vorstand zur Beantwortung seiner Fragen zu zwingen, als sich an die Generalversammlung zu wenden. (Vgl. JDR. **12** 524 § 250 Ziff. 2.) Vgl. ferner ZAktWes. **14** 133.

§ 252. Stimmrecht. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 66. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Aktionär das Übergewicht seines Aktienbesitzes dazu benutzt, um im eigenen wirtschaftlichen Interesse durch einen Generalversammlungsbeschluß einen anderen Aktionär aus der Gesellschaft hinauszudrängen (vgl. u. zu §§ 288—290 Ziff. 3).

2. BayerZ. **21** 220. Ausübung des Stimmrechts bei Beteiligung einer Ehefrau als Aktionärin (vgl. Bem. vor § 178).

3. BayerZ. **21** 243. Die Aufsichtsratsmitglieder sind stimmberechtigt, wenn über ihre Bezüge abgestimmt, also z. B. durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags ihre Bezüge erhöht werden sollen.

4. BayerZ. **21** 245. Abstimmungsbevollmächtigte. Es besteht für den Vollmachtgeber keine Möglichkeit, der Gesellschaft gegenüber die Stimmabgabe seines Bevollmächtigten in einer bestimmten Richtung zu erzwingen oder irgendwie sicherzustellen. Selbst wenn er der Gesellschaft mitteilt, daß sein Vollmachtempfänger nur für oder gegen einen Antrag zu stimmen das Recht hat, braucht sich die Gesellschaft an solche Beschränkung nicht zu kehren; für sie gilt das, was der Vertreter erklärt hat, und kommt gar nichts darauf an, daß seine Erklärung dem empfangenen Auftrag entgegensteht.

5. **Bondi**, DJZ. **14** 910. Die bisherige Rechtsprechung, wonach bei reportierten, d. h. mit der Abrede des Rückkaufs verkauften Aktien schlechthin der Käufer das Stimmrecht hat, wird den wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht allent-

halben gerecht, weil durch derartige Reportgeschäfte zu leicht die Stimmenthaltungsvorschrift des § 252 Abs. 3 HGB. umgangen werden kann.

6. BauersZ. **22** 79. Stimmrecht der bei den Darlehnskassen verpfändeten Aktien.

7. Abs. 3. Stimmenthaltung. a) Marquardt, JW. **14** 1031, behandelt das Stimmrecht der Aktionäre bzw. Gesellschafter einer GmbH. oder Gen. in eigener Sache. Er unterzieht die Rechtsprechung des RG. insbesondere über die Frage, ob der Aktionär bei seiner eigenen Wahl zum Aufsichtsrat bzw. der Gesellschafter bei seiner Bestellung zum Geschäftsführer mitstimmen darf, einer eingehenden Besprechung und kommt dabei zu dem Schlusse, daß die Bejahung dieser Frage durch das RG. in dem Gesetz keine Stütze findet. Niemand könne annehmen, daß das Gesetz von einer ganz allgemein gefaßten Bestimmung eine fundamentale Ausnahme, ohne sie auch nur anzudeuten, als selbstverständlich betrachtet habe; man könne dem Gesetzgeber nicht unterschieben, daß er den persönlich interessierten Gesellschaftern die Stimme nur bei solchen Rechtsgeschäften entziehen wollte, die kaum je zur Beschlußfassung durch die Generalversammlung kommen, sie ihnen dagegen — stillschweigend — hat belassen wollen gerade bei denjenigeu Akten, die nach seiner eigenen Bestimmung regelmäßig oder notwendig vor das Forum der Versammlung kommen. **b) RG.** DJZ. **14** 1210, BauersZ. **22** 53. Die Abtretung von Aktien, um ihre Beteiiigung an einer Abstimmung (z. B. über eine Fusion) zu ermöglichen, stellt sich dann nicht als eine Umgehung des § 252 Abs. 3 dar, wenn die Veräußerung der Aktien ernstlich gemeint war und in der Erwartung vorgenommen wurde, daß die Erwerber für die Verschmelzung stimmen werden. Nur wenn die Veräußerung lediglich zum Schein erfolgte oder wenn die Erwerber in Abhängigkeit von dem Willen des Veräußerers Aktionäre wurden, liegt ein Verstoß gegen das Gesetz vor. Vgl. hierzu auch Bondi, DJZ. **14** 908.

8. Abstufung des Stimmrechts. *Veit Simon, Die Interimsscheine. a) § 20 II: Volleingezahlte Interimsscheine als solche sind keine besondere Gattung von Aktien im Sinne des § 252 Abs. 1 Satz 4. b) § 20 IV: Das Stimmrecht kann nach der Höhe der geleisteten Einzahlungen abgestuft werden.

§ 254. Minoritätsrechte; außerordentliche Generalversammlung. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 25. Das Selbsthilferecht der Minorität nach § 254 findet im Liquidationsstadium hinsichtlich der Abberufung von Liquidatoren keine Anwendung (arg. § 295 HGB.). Vgl. § 295 Ziff. 2.

§ 255. Berufung der Generalversammlung. 1. ZAktWes. **14** 92. Nur derjenige, der die Generalversammlung einberufen hat, kann die Einberufung wieder rückgängig machen, widerrufen, und zwar bis zum Beginn der Generalversammlung. Die auf Antrag einer Aktionärminderheit einberufene Generalversammlung fällt also nicht ohne weiteres dadurch weg, daß der Antrag, der den Gegenstand der Tagesordnung bilden soll, von dem Aktionär zurückgezogen wird.

2. BauersZ. **21** 220. Zustellung der Einladung an die Ehefrau als Aktionärin. Vgl. Vorbem. vor § 178.

§ 256. 1. BauersZ. **21** 244. Eine deutliche Ankündigung der Tagesordnung wird verlangt. Jede undeutliche Ankündigung, die geeignet ist, bei den Aktionären eine unbestimmte Vorstellung über den Zweck der Versammlung hervorzurufen, kann beanstandet und der daraufhin gefaßte Beschluß angefochten werden. Mangelhaft ist eine Tagesordnung, die lediglich von der Beschaffung neuer Betriebsmittel spricht, während eine Kapitalserhöhung beabsichtigt ist. Mangelhaft ist häufig auch die Tagesordnung bez. der

Bilanz, wo die Ankündigung gewöhnlich lautet: Vorlage der Bilanz, sowie der Gewinn- und Verlustrechnung nebst Geschäfts- und Aufsichtsratsbericht, während dann die Versammlung die Genehmigung des Abschlusses beschließt, den Gewinn und anschließend die Gewinnverteilung feststellt.

2. Abs. 2. Fristen für Ankündigung der Beratungsgegenstände. BauersZ. **21** 150. Im § 256 Abs. 2 handelt es sich um Mindestfristen, die der Gesellschaftsvertrag zwar nicht herabsetzen, wohl aber verlängern darf. Werden die im Gesetz oder Statut festgesetzten Fristen nicht eingehalten, so sind die unter Verletzung der Frist gefaßten Beschlüsse nicht nichtig, sondern nur anfechtbar.

§ 259. Protokoll über die Generalversammlung. 1. Unterschreiben des Protokolls. BauersZ. **21** 139. Die bloße Unterzeichnung des Protokolls durch einen Aktionär bedeutet nur seine Anerkennung, daß der Gang der Verhandlung so gewesen ist und daß die Beschlüsse so gefaßt worden sind, wie dies das Protokoll wiedergibt. Auf keinen Fall wird der Aktionär, der gegen einen Antrag gestimmt hat, durch das Unterschreiben des Protokolls allein zum Freund und Anerkenner dieses Beschlusses.

2. Verkündung der gefaßten Beschlüsse durch den Vorsitzenden. BauersZ. **22** 28. Nach **RG.** **75** 242 und **82** 187 soll als Beschluß der Generalversammlung nur das gelten, was auf Grund der Abstimmung vom Leiter der Versammlung als Beschluß verkündet und im Notariatsprotokoll beurkundet wurde. Das ist nach dem Gesetz nicht richtig; eine Verkündung der Beschlüsse ist hier nicht vorgesehen. Nach § 259 bedarf jeder Beschluß zu seiner Gültigkeit der Beurkundung durch das gerichtliche oder notarielle Protokoll. Hat eine Verkündung des Beschlußfassungsergebnisses nicht stattgefunden, oder weicht diese von der Beurkundung ab, so gilt einzig und allein, was im Protokoll steht.

3. Folgen der Nichtprotokollierung eines Generalversammlungsbeschlusses. a) Horn, HoldheimsMSchr. **14** 21. Die Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen ist durch § 259 erschöpfend geregelt, so daß eine ergänzende Heranziehung der § 168 FGG. und Artt. 53, 55 PrFGG. nicht stattfindet. Die Nichtprotokollierung bewirkt nicht nur Nichtigkeit des tatsächlich gefaßten Beschlusses, sondern macht das Protokoll wegen Nichtbeobachtung einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift ohne weiteres nichtig. Die Ergänzung des zweifelhaften oder lückenhaften Protokolls durch Zeugenvernehmung ist nicht zulässig. Eine Ergänzung durch ein Zusatzprotokoll ist ebensowenig zulässig. Der nicht protokollierte Beschluß ist als formwidriger Beschluß eo ipso nichtig, kann also nicht nach §§ 271, 272 angefochten werden; die Unterlassung der Anfechtung hat anderseits nicht die Gültigkeit des Beschlusses zur Folge. Dagegen ist eine Anfechtung des in Rede stehenden Protokolls mittels einer gewöhnlichen, nicht an die Frist des § 271 gebundenen Feststellungsklage möglich zwecks Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses wie des Protokolls. **b)** Josef, HoldheimsMSchr. **14** 97. Die Ansicht Horns, daß die Nichtprotokollierung eines gefaßten Beschlusses die Nichtigkeit des ganzen Protokolls bewirke, ist nicht richtig. Nur der tatsächlich gefaßte, nicht protokollierte Beschluß ist nichtig; die sonstigen — protokollierten — Beschlüsse sind rechtswirksam. Ebenso ist entgegen Horn die Ergänzung des Protokolls durch ein Zusatzprotokoll als zulässig zu erachten. **c)** Josef, HoldheimsMSchr. **14** 169, vertritt nochmals die unter b mitgeteilte Ansicht.

§ 260. Gegenstände der ordentlichen Generalversammlung. 1. Beschlüsse über Gewinnverteilung. Einfluß eines Vertrags mit einem Dritten über die Begrenzung des Gewinnverteilungsrechts. S. o. zu § 213 Ziff. I 3.

2. Beschluß über Entlastung des Vorstandes. a) Anfechtung. S. u. zu § 271 Ziff. II 9. b) Aufhebung des Entlastungsbeschlusses. BauersZ. 21 265. Ein einseitiger Widerruf des in dem Entlastungsbeschlusse liegenden Verzichts auf Regreßansprüche ist ebensowenig denkbar wie ein sonstiger Vertragsrücktritt. Die Nichtigkeit eines Entlastungsbeschlusses läßt sich aber jederzeit mit Erfolg verfechten, wenn der der Schadensersatzklage zugrunde liegende Sachverhalt der Generalversammlung nicht vorgetragen wurde, bevor sie den Entlastungsbeschluß faßte. Daß ein Entlastungsbeschluß nach § 271 anfechtbar ist, versteht sich von selbst. c) BauersZ. 22 97. Wenn sich sämtliche Aktien im Besitz des Vorstandes befinden, ist wegen § 252 HGB. dessen Entlastung nicht möglich. An Stelle der Entlastung kann aber eine Feststellungsklage dahin treten, daß der Gesellschaft Ansprüche aus der Geschäftsführung des Klägers nicht zustehen. Eventuell muß hierzu das Gericht einen besonderen Vertreter bestellen.

3. Geschäftsbericht. BauersZ. 21 245. Der Geschäftsbericht hat die Aufgabe, mit aller Offenheit wahr und klar die Bilanzsätze zu erläutern und in Kürze alles das mitzuteilen, was für einen ordentlichen Geschäftsmann notwendig ist, um den Aktionären oder Dritten die Geschäftslage klarzulegen. Vorstand und Aufsichtsrat, die, wie es in der Praxis häufig geschieht, dieser Offenbarungspflicht nicht nachkommen, setzen sich der Gefahr einer Strafverfolgung aus. Nach der Rechtsprechung des RG. hat der Geschäftsbericht der für die Entschließungen der Aktionäre und dritter Personen wichtigen Vorkommnisse des abgelaufenen Geschäftsjahrs zu gedenken, auch außergewöhnliche Maßnahmen des Vorstandes und Aufsichtsrats bekanntzugeben, zumal wenn diese Maßnahmen für die Art der Führung der Geschäfte von einschneidender Bedeutung sind und in den Augen der Aktionäre nicht ohne Einfluß auf die Vertrauenswürdigkeit der Gesellschaftsorgane bleiben. Vgl. **RG.** (Strafs.) **41** 297.

§ 261. Bilanz. 1. Kriegsbilanzen. BauersZ. 22 76, 116.

2. **RG** **83** 172, JW. **14** 41. Die beklagte AG. hatte bei ihrer Gründung für 2 000 000 M. 999 der 1000 Kuxe der Gewerkschaft N. zu Eigentum erworben und sich den letzten mit der Abrede verpfänden lassen, daß sie alle darauf entfallenden Zubußen selbst zu zahlen habe. Dieser Modus war gewählt, damit die Gewerkschaft als solche fortbestände. In ihren Bilanzen pflegte die Beklagte einen Aktivposten „Kuxenkonto“ zu bilden, der das gesamte Eigentum der Gewerkschaft enthielt. Auf Grund von Gutachten, die wegen neuer Bohrungen eine Wertserhöhung annahmen, wurde das Kuxenkonto erhöht. Dieser Beschluß wurde von einem Aktionär angefochten mit der Behauptung, nur die Kuxe hätten als Aktivum in die Bilanz eingestellt werden dürfen, und zwar nur mit dem Anschaffungswerte von 2 000 000 M. Die AG. wendete ein, daß ihr Kuxenkonto ein Beteiligungskonto sei, dessen Wert mit dem Vermögensstande der Gewerkschaft übereinstimme; sie habe für den zwei Millionen übersteigenden Betrag Anschaffungen gemacht. Das Berufungsgericht, das die Ansicht des Klägers verwarf, gab der Klage gleichwohl statt, weil in den von der AG. für den Bergwerksbetrieb gemachten Aufwendungen nur Forderungen gegen die Gewerkschaft zu erblicken seien, deren Wert sich im Hinblick auf die Vermögenslage der Schuldnerin zurzeit nicht überblicken lasse. Das RG. hob auf. Die von der AG. gemachten, zum Ankaufe von Grubenfeldern, Bestreiten der Betriebskosten dienenden Aufwendungen sind nicht darlehnsweise gegeben worden, sondern sind Aufwendungen, wie sie der Eigentümer zur Verbesserung seiner Sache macht. Solche Zahlungen schaffen aber neue Werte und sind dem § 268 Nr. 3 zu unterstellen. Sie dürfen in voller Höhe angesetzt werden; bleibt der Wert der Verbesserung hinter der Zahlung zurück, so ist ein entsprechender Betrag abzuschreiben. Daß das Bergwerk hier dem Rechte nach nicht im Eigentum der AG., sondern der Gewerk-

schaft steht, ist belanglos. Wirtschaftlich liegt die Sache genau so, wie wenn sie Eigentümerin wäre. Und für die Aufstellung der Bilanz sind die wirtschaftlichen Gesichtspunkte maßgebend.

3. BauersZ. **21** 171. Behandlung der Wehrsteuer und Einfluß auf die Berechnung der Tantiemen.

4. BauersZ. **21** 221. Es ist zulässig, die für die Kapitalsbeschaffung bezahlte Provision als Aktivum in die Bilanz einzustellen.

5. **RG.** BauersZ. **21** 242. Gewinnvorschüsse gehören unter die Debitoren.

6. BauersZ. **21** 121, 269. Buchung eigener, von der AG. erworbener Aktien.

7. Leist, HoldheimsMSchr. **14** 1, über die verschiedenen Bilanzierungsmethoden bei der Aktieneinziehung nach § 227. Vgl. o. § 227 Ziff. 2.

8. BauersZ. **21** 268. Eine Ersetzung der Abschreibungen durch Instandhaltung der Betriebsanlagen usw. ist nicht möglich.

9. BauersZ. **21** 269. Buchung von Einlagerückständen.

10. Simon, Der Wertsansatz der kurshabenden Dividendenpapiere nach Fortfall der Stückzinsenberechnung, BankA. **13** 355. Bei der Ermittlung der Werte der kurshabenden Dividendenpapiere ist der in dem Kurswert enthaltene Wert der laufenden Dividendenscheine durch entsprechende Abzüge von den Preisen zu berücksichtigen.

11. BauersZ. **22** 52. Viele AG. haben die Gepflogenheit, die Abschreibungen vom Buchwert der Anlagen und nicht vom Anschaffungswert abzusetzen. Da der Buchwert sich durch die Abschreibungen ständig verringert, müssen auch die Abschreibungen, auch wenn man sie nach denselben prozentualen Sätzen vornimmt, immer geringer werden. Das Verfahren ist unberechtigt. Die Abschreibungen sind nach richtiger Ansicht vom ursprünglichen Anschaffungswert zu berechnen.

12. BauersZ. **22** 75. Das Unterlassen weiterer Abschreibungen ist berechtigt, wenn die Betriebsgegenstände schon niedrig genug im Buche stehen.

§ 262. Reservefonds. 1. ZAktWes. **14** 8. Die Ausstattung einer AG. sofort bei Gründung mit einem Reservefonds in der gesetzlichen Höhe erscheint unzulässig, weil nach § 262 der Reservefonds aus dem Reingewinn zu bilden ist, von einem solchen Reingewinn bei einer erst gegründeten AG. aber keine Rede ist. Kommen die Aktien aus den Händen der Nächstbeteiligten in den Besitz weiterer Kreise, so wird bei ihnen durch den erfüllten Reservefonds der Glaube an eine so bedeutende Ertragsfähigkeit des Unternehmens erweckt, wie sie tatsächlich gar nicht vorhanden gewesen ist.

2. Holländer, HoldheimsMSchr. **14** 88. Die Gesellschaft ist berechtigt, die Zweckbestimmung ihrer freien Reserven jederzeit zu ändern; sie kann sie auch, soweit die Statuten nicht entgegenstehen, unter die Aktionäre verteilen.

3. Holländer, HoldheimsMSchr. **14** 88, erörtert die Frage der Ausgabe neuer Aktien (Gratisaktien) unter Verwendung der freien Reserven, um die allzu hohen Dividenden zu vermeiden (vgl. o. zu § 184).

4. BauersZ. **22** 51. Sowohl dem gesetzlichen wie den freiwilligen Reservefonds können nur Reingewinnbeträge zugewiesen werden. Von einem Reingewinn läßt sich aber unmöglich sprechen, solange nicht die der Entwertung der Sachkonten gleichkommenden Abschreibungen vorgenommen worden sind. Die Speisung eines freiwilligen Reservefonds aus dem Bruttogewinn vermag die Abschreibungen nicht zu ersetzen. Vorstand und Aufsichtsrat dürfen sich nicht auf eine Bestimmung im Statut berufen, die lautet: „Der aus der festgesetzten Bilanz sich ergebende Überschuß der Aktiva über die Passiva bildet den

Reingewinn." Sie sind bei Unterlassung der Abschreibungen wegen Bilanzverschleierung nach § 314 Ziff. 1 strafbar.

5. BauersZ. **21** 173 (Breslau). Der Angestellte hat nicht unter allen Umständen das Recht, wegen seines Tantiemeanspruchs die Abschreibungen und Rücklagen der AG. zu beanstanden. Nur wenn der Generalversammlungsbeschluß über die Dividendenverteilung nichtig oder wenn die Dividende absichtlich zum Nachteil des Angestellten zu niedrig festgestellt ist, braucht sie sich der Angestellte nicht schlechthin entgegenhalten zu lassen. Vgl. o. zu § 237 Ziff. 3 u. § 271 II 1.

§ 268. Regreßklagen gegen die Gesellschaftsorgane. 1. Herausgabe von Büchern zur Einsichtnahme zwecks Führung des Prozesses. **RG. 83** 248, BauersZ. **21** 124, JW. **14** 91, BankA. **13** 224, ZAktWes. **14** 12, LeipzZ. **14** 174, DJZ. **14** 170, R. **14** Nr. 113. Die nach § 268 Abs. 2 zur Führung eines Prozesses gegen den Aufsichtsrat bestellten besonderen Vertreter haben das Recht, zwecks Führung des Prozesses die Herausgabe der Bücher der AG. zur Einsichtnahme zu verlangen. Sie sind deshalb auch aktiv legitimiert zur Klage auf Herausgabe, und zwar ist diese Klage gegen die AG., vertreten durch den Vorstand, zu richten.

2. Koelges, LeipzZ. **14** 1293. Einfluß der Entlastung. Liegt ein formell und materiell gültiger, mithin nicht anfechtbarer Entlastungsbeschluß vor, so ist ein neuerlicher Generalversammlungsbeschluß auf Beseitigung des Entlastungsbeschlusses und Inanspruchnahme der Organe nicht möglich. Ist aber von der $^1/_{10}$ Minderheit des § 268 das Verlangen auf Haftbarmachung des Vorstandes in richtiger Form gestellt, so ist ein trotzdem von der Mehrheit gefaßter Entlastungsbeschluß anfechtbar, und selbst wenn die Anfechtung unterbleibt, kann der auf Grund des Minderheitsverlangens angestrengten Regreßklage der Einwand der Entlastung nicht entgegengehalten werden (§ 270). Ist aber die Entlastung einmal gültig beschlossen, so kann ein nachher gestelltes Minderheitsverlangen die durch die Entlastung beseitigten Ansprüche nicht wieder aufleben lassen. Bei der Feststellung, ob bei der Fassung des Entlastungsbeschlusses ein Minderheitsverlangen vorlag, darf man nicht zu formalistisch sein. Die zeitliche Reihenfolge der Beratungsgegenstände in derselben Generalversammlung kann keine Rolle spielen. Steht der Antrag der Minderheit auf der Tagesordnung, so kann es der Wirkung ihres Antrags nicht im Wege stehen, daß die Mehrheit die Entlastung vorher zur Abstimmung bringt.

§ 271. Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. I. Zur Auslegung von Generalversammlungsbeschlüssen bei Anfechtungsklagen. Fürst, ZAktWes. **14** 133. Es kommt bei der Anfechtungsklage vor, daß der anfechtende Aktionär einen nicht im Wortlaut ausgedrückten Beschlußteil herausgreifen und diesen allein zum Gegenstande der Klage machen will, sei es, daß er aus dem positiv lautenden Beschlusse zugleich die Ablehnung einer anderen Möglichkeit, also einen negativen Beschluß herausschält (z. B. aus dem Beschluß auf Vortrag des gesamten Reingewinns auf neue Rechnung einen Beschluß auf Nichtverteilung einer Dividende), sei es umgekehrt, daß er aus dem Beschluß einen positiven Beschlußteil entnimmt. Im ersten Falle ist die Möglichkeit einer Teilung des Beschlusses abzulehnen. Ist ein positiver Beschluß gefaßt worden, so enthält die Verneinung aller übrigen mit ihm unverträglichen Möglichkeiten nicht einen besonderen Beschluß, sondern nur die Kehrseite des positiven Beschlusses, so daß eine getrennte Aufhebung und mithin auch eine getrennte Anfechtung nicht möglich ist. Und zwar gilt dies gleichermaßen, ob der Ablehnungsbeschluß ausdrücklich neben dem positiven Beschlusse gefaßt wurde oder nur als in demselben enthalten zu betrachten ist. Auch wenn der Aktionär ausdrücklich den Antrag auf Verteilung einer Dividende gestellt und dieser in der Generalversammlung mit dem Beschluß auf Vortrag des gesamten Reingewinns auf neue Rechnung aus-

drücklich abgelehnt worden wäre, wäre die Ablehnung allein nicht anfechtbar; sonst wäre § 271 Abs. 3 Satz 2 praktisch wirkungslos.

II. Anfechtungsgründe. 1. Anfechtung zu hoher, sein Tantiemerecht schmälernder Abschreibungen durch den Vorstand oder einen Angestellten (vgl. § 237 Ziff. 1). BauersZ. **21** 173 (Breslau). Der Angestellte hat nicht das Recht, wegen seines Tantiemeanspruchs die Abschreibungen und Rücklagen der AG. zu beanstanden. — Gegen dieses Urteil wendet sich BauersZ. **21** 197, wo ausgeführt wird, daß es sich nicht darum handle, daß der Angestellte den Generalversammlungsbeschluß über Bilanzgenehmigung und Gewinnverteilung anfechte; der Tantiemeberechtigte verlange lediglich seine Tantieme von den ihm gegenüber ungerechtfertigten Gewinnkürzungen, ohne im übrigen die Rechtsbeständigkeit des Generalversammlungsbeschlusses im Verhältnisse zwischen AG. und Aktionären anzufechten.

2. Bilanzanfechtungsklage eines Aktionärs wegen verweigerter Auskunftserteilung seitens des Vorstandes. S. o. zu § 250 Ziff. 2.

3. Anfechtungsklage eines Aktionärs wegen gesetzwidriger Berechnung der Tantieme. BauersZ. **21** 149. Vgl. o. § 237 Ziff. 4.

4. BauersZ. **21** 220. Erhebung der Anfechtungsklage durch den Ehemann einer Aktionärin. Vgl. Bem. vor § 178.

5. Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses als unsittlich. Vgl. u. zu §§ 288—290.

6. **RG.** R. **14** Nr. 245. Mit der Anfechtungsklage soll nicht die Zweckmäßigkeit, Nützlichkeit oder Schädlichkeit der zum Beschluß erhobenen Maßregel, sei es für die Gesellschaft, sei es für den einzelnen Aktionär, zur Nachprüfung des Gerichts gestellt werden.

7. **RG.** R. **14** Nr. 401. Die Anfechtungsklage setzt Gesetzes- oder Satzungswidrigkeit voraus; der Umstand, daß der Beschluß mit einem von der Gesellschaft geschlossenen Vertrag in Widerspruch steht, genügt nicht.

8. **RG. 83** 172. Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses, weil Aktivposten in der Bilanz unter falscher Bezeichnung erscheinen. Vgl. o. § 261 Ziff. 2.

9. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 153, BauersZ. **21** 241. § 215 HGB. ist zwingender Natur, und Vorstand und Aufsichtsrat handeln rechtswidrig, wenn sie gesetzwidrig an Aktionäre Vorschüsse auf Dividende gewähren. Das hindert aber die Generalversammlung nicht, den begangenen Verstoß zu verzeihen und den Vorstand wegen der gesetzwidrigen Gewährung von Vorschüssen an Aktionäre zu entlasten. Der von der Generalversammlung gefaßte Beschluß ist (vgl. **RG. 68** 314) nur dann anfechtbar, wenn die beschließende Majorität dabei wider die guten Sitten gehandelt hat. Haben die Aktionäre, die die Vorschüsse erhalten haben, als Inhaber der Mehrzahl der Aktien die Entlastung beschlossen, um sich die bereits erlangten rechtswidrigen Vorteile zu sichern und die dritten Aktionäre zu schädigen, so ist in dem Entlastungsbeschluß ein sittenwidriger Mißbrauch der Macht der Majorität enthalten. Vgl. o. § 260 Ziff. 2.

III. BauersZ. **21** 198. Einfluß einer gültigen Wiederholung des Beschlusses auf die Anfechtungsklage. Die Wiederholung des angefochtenen Beschlusses in gültiger Form beseitigt die alten Anfechtungsrechte nicht, hat also auch auf eine bereits erhobene Anfechtungsklage keinen Einfluß. Weder Partei noch Richter vermögen den neuen Beschluß der Anfechtungsklage entgegenzuhalten; denn dieser bildet nicht den Gegenstand des Prozesses. Und umgekehrt ist die rechtskräftig gewordene Ungültigkeitserklärung des beanstandeten ersten Beschlusses auf den Wiederholungsbeschluß ohne jede Wirkung.

§ 272. Zustellung der Anfechtungsklage. **RG. 83** 414, JW. **14** 361 Nr. 12, HoldheimsMSchr. **14** 266, BauersZ. **21** 196, LeipzZ. **14** 566. § 184 ZPO. ist auf die Zustellung der Klage nicht anwendbar. Die Vorschriften des § 184 über die Zustellung im Geschäftslokal passen auf den Aufsichtsrat nicht. Das Gesetz geht davon aus, daß sich der gesetzliche Vertreter während der gewöhnlichen Geschäftsstunden im Geschäftslokal aufzuhalten pflegt. Das trifft für den Aufsichtsrat nicht zu. Kann also die Zustellung der Anfechtungsklage nicht an die Aufsichtsratsmitglieder persönlich erfolgen, so ist die Ersatzzustellung in deren Wohnung, nicht im Geschäftslokal der AG. zu bewirken.

Vierter Titel. Abänderung des Gesellschaftsvertrags.

§ 278. Kapitalserhöhung. Einspruchsrecht der Eigentümer von Genußscheinen gegen die Kapitalserhöhung. Vgl. § 179 Ziff. 1.

§ 282. Ausübung des Bezugsrechts bei Bestehen eines Nießbrauchs an der alten Aktie (vgl. JDR. **12** § 282 Ziff. 1) s. Holländer, HoldheimsMSchr. **14** 90. Vgl. oben § 184.

§ 287. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2897. Sind bei einer Kapitalserhöhung die sämtlichen neu auszugebenden Aktien von einem einzigen Abnehmer gezeichnet, so kann dieser nach Eintragung der Kapitalserhöhung nicht nur auf Grund des schuldrechtlichen Zeichnungsvertrags die Auslieferung der Aktien von der AG. fordern, sondern auch deshalb, weil er bereits Aktionär ist, kraft seines gesetzlichen, dinglich wirkenden Rechtes als Eigentümer der Urkunden.

2. Abs. 2. **RG.** R. **14** Nr. 2898. Die Übertragung ist an sich wirksam. Nur die AG. selbst hat das Recht, der Übertragung der Aktien an Dritte, die vor der Eintragung der Kapitalserhöhung erfolgt, zu widersprechen, und braucht die erfolgte nicht gegen sich gelten zu lassen. Sie kann auf dieses Widerspruchsrecht aber auch verzichten.

§§ 288—290. Herabsetzung des Grundkapitals. 1. Über Rückgewähr von Sacheinlagen, wobei der Aktionär die empfangenen Aktien zurückgibt ohne Beobachtung der Form der §§ 288 ff. BauersZ. **21** 127. Vgl. § 213 Ziff. II.

2. BauersZ. **21** 222. Eine Zusammenlegung von Aktien, die nicht zum Zwecke der Sanierung, sondern zur weiteren Festigung und schnelleren Entwicklung der Geschäfte erfolgt, verstößt gegen § 211 HGB. Die Mittel für solche Zwecke brauchen die Aktionäre nicht aufzubringen, vielmehr muß die Gesellschaft sie durch Aufsammeln von Rücklagen aus dem Reingewinn oder durch Kredit verschaffen.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 66, BauersZ. **21** 128, BankA. **13** 135, R. **14** Nr. 246. Es bedeutet grundsätzlich weder einen Verstoß gegen das Gesetz noch gegen die guten Sitten, wenn die Mehrheit der Aktionäre die Herabsetzung des Grundkapitals in einer Form beschließt, die die Entfernung einer unbequemen Minderheit aus der Gesellschaft ermöglichen soll. — Ebenso Langsdorff, LeipzZ. **14** 273.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 292. Vgl. Labes oben bei § 41 BGB.

§ 295. Liquidation. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 81. Eine Pflicht der Aktionäre zur Übernahme des Amtes eines Liquidators, wie sie nach § 146 HGB. für die Teilhaber einer oHG. besteht, ist bei der rein kapitalistischen Beteiligung eines Aktionärs, sofern nicht ausnahmsweise die Statuten eine solche Pflicht festsetzen sollten, nicht anzunehmen. Vgl. § 66 GmbHG., § 83 GenG.

2. Abberufung der Liquidatoren. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 25. Kein Recht der Minorität, die Abberufung der Liquidatoren im Wege des § 254 durchzusetzen.

§ 301. 1. Kapitalsrückzahlung vor Ablauf des Sperrjahrs. BauersZ. **21** 128. In Fällen, wo die AG. nach erfolgter Auflösung keine oder nur ganz geringe Schuldverbindlichkeiten hatte, hat man die Zwangsvorschrift des § 301 dadurch zu umgehen gesucht, daß den Aktionären zinsfreie Darlehen gewährt wurden, die am Schlusse des Sperrjahrs gegen den endgültig zur Ausschüttung gelangenden Betrag verrechnet wurden. Aber selbst wenn die finanzielle Lage und die sonstigen Umstände einen Verlust für die Gläubiger nicht befürchten lassen, so muß doch jedes Rechtsgeschäft vermieden werden, das dem Zwecke dient, Liquidationsbeträge vor Ablauf des Sperrjahrs an die Aktionäre auszubezahlen.

2. Labes, LeipzZ. **14** 742. Die Ansprüche des Gläubigers einer völlig beendigten AG. gegen deren letzte Aktionäre auf Grund der Ausschüttung des Aktiengesellschaftsvermögens unter sie gestalten sich verschieden, je nachdem die Verteilung des Gesellschaftsvermögens ordnungswidrig oder ordnungsmäßig war. Im ersten Falle haften die Aktionäre dem geschädigten Gläubiger nach § 217 HGB. Auf den guten oder bösen Glauben der Aktionäre kommt es dabei nicht an. Ist die Vermögensverteilung auf Grund eines nicht vollgültigen Generalversammlungsbeschlusses erfolgt, so ist zu unterscheiden, ob der Beschluß nur statutarische oder aber öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt. Bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften kann die Zahlung den Aktionären stets entrissen werden, bei Verletzung nur statutarischer Vorschriften nur, wenn der Beschluß angefochten wird. Wahlweise mit den Aktionären haften dem Gläubiger auch die Liquidatoren und der Aufsichtsrat. War dagegen die Verteilung des Gesellschaftsvermögens ordnungsmäßig, so ist der Ansicht, daß mit der ordnungsmäßig beendeten Liquidation und Verteilung des Restvermögens jeder Anspruch eines Gesellschaftsgläubigers sein Ende finde, nicht beizutreten, sondern es bleibt ein Bereicherungsanspruch des Gläubigers bestehen. Dieser Bereicherungsanspruch richtet sich, was allerdings bestritten ist, unmittelbar gegen die Aktionäre. AM. Staub, der jeden Anspruch des Gläubigers sowohl gegen die Aktionäre wie gegen die AG. verneint, insbesondere auch eine condictio, weil § 217 HGB. die Materie ausschließlich geregelt habe. Ihm ist nicht beizutreten. Ebensowenig der anderen Ansicht, die nur eine Kondiktion der Gesellschaft gegen die Aktionäre als vorhanden annimmt, so daß die Gläubiger sich also nur mittelbar an die Aktionäre halten könnten.

§ 302. Abs. 4. Liquidationswiedereröffnung. **a)** Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 143. Liegt das Bedürfnis der Liquidationswiedereröffnung vor, so wird eine „erneute" Liquidatorenbestellung durch den Registerrichter — nur durch ihn und mit bindender Wirkung auch für den Prozeßrichter — nötig; diese Bestellung wirkt ex nunc, darüber herrscht heute Einverständnis. Die Eintragung der Wiedereröffnung ist einheitlich zusammen mit der Liquidatorenbestellung aufgefaßt, nicht als solche nach § 142 FGG. zu behandeln, nicht als Aufhebung der früheren Löschungsverfügung, sondern als Deklaration, daß wegen des nachträglich herausgestellten Liquidationsfortsetzungsbedürfnisses die GA. fortbesteht. Für Anwendung des § 142 FGG. fehlt es an den Voraussetzungen. **b)** Josef, HoldheimsMSchr. **14** 174, erklärt (anders als Marcus unter Ziff. a) und unter Bekämpfung der vom BayObLG. in RJA. **12** 218 (vgl. JDR. **12** § 302 Abs. 4) und vom KG. (RJA. **13** 42) vertretenen Ansicht: die Verfügung, durch die die Wiederaufnahme der Liquidation angeordnet wird, die neue Eintragung, daß die Gesellschaft wieder in das Liquidationsstadium eingetreten ist, stellt sich dar als eine nach § 142 FGG. erfolgte Aufhebung der früheren Löschungsverfügung. Die früheren Liquidatoren erlangen nicht kraft Gesetzes ihre Rechtsstellung wieder, sondern nur durch neue Ernennung; deshalb ist der frühere Liquidator zur Beschwerde gegen die Liquidations-

wiedereröffnung nicht berechtigt. Vgl. hierzu auch Josef, LeipzZ. **14** 658. **c)** RJA. **14** 42 (KG.). Gegen die Eintragung der Wiedereröffnung der Liquidation findet eine Beschwerde nicht statt, sondern es kann nur eine Löschung des Eintrags nach § 142 FGG. in Frage kommen. — Josef, HoldheimsMSchr. **14** 174, bekämpft diese Auffassung als rechtsirrig. Vgl. JDR. **12** 1022 § 10 Ziff. 2 und **13** § 10 GenG.

§ 306. Fusion. 1. Kohler, ABürgR. **40** 309. Daß bei der Fusion eine Universalsukzession stattfindet, ist von der Rechtsprechung allgemein anerkannt, insbesondere wird auch angenommen, daß die Fusionsgesellschaft für alle Schulden der aufgenommenen Gesellschaft haftet, ferner, daß gegenseitige Vertragsverhältnisse auf die Fusionsgesellschaft übergehen und daß, wenn gegen eine AG. ein Prozeß schwebt und sie fusioniert, das Prozeßverhältnis in gleicher Weise übergeht wie bei anderen Universalsukzessionen. Auch darin wird die Universalsukzession anerkannt, daß das anwachsende Vermögen als Gesamtheit mit den Gesamtheitswerten berechnet und hiernach der Wert der als Gegengabe gewährten jungen Aktien bemessen wird, also in der Art, daß nicht die Summe der Einzelvermögensstücke, sondern die Gesamtheit mit ihren wirtschaftlichen Vorteilen in Rechnung kommt. Da es sich um eine Universalsukzession handelt, bei der der Nachfolger alle Mängel in Person und Vermögen des Vorgängers mitaufnehmen muß, so kann sich die Fusionsgesellschaft in bezug auf Grundstücke, die sie durch die Universalsukzession erwirbt, nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs im Sinne des § 892 BGB. berufen. Was die Versicherungsgesellschaften anlangt, so hat das RG. für die Fusion inländischer Gesellschaften mit Recht entschieden, daß die Sicherungen des § 306 auch hier Platz greifen und die verwaltungsrechtliche Prüfung durch das Versicherungsamt die privatrechtliche Sicherung nicht überflüssig macht, wogegen aber auch die Versicherten nach erfolgter genügender Sicherstellung bei der neuen Gesellschaft verbleiben müssen. Bei Konkurs der Fusionsgesellschaft muß das ihr zugekommene Vermögen der Anwachsungsgesellschaft abgesondert werden. Die durch die Fusion eintretende Erweiterung des Betriebs hat endlich großen Einfluß auf die einer der beiden fusionierten AG. zustehenden Vorkaufsrechte, Lizenzen, Patentvorbenutzungsrechte, Nießbrauch, persönliche Dienstbarkeit u. a. sowie auf die ihnen anderseits obliegende Pflichten (Konkurrenzverbot), die dadurch regelmäßig eine Erweiterung erfahren.

2. **RG. 84** 242, BauersZ. **22** 79, R. **14** Nr. 1329. Im Falle des über das Vermögen der übernommenen Gesellschaft eröffneten Sonderkonkurses ist der Verwalter in diesem Konkursverfahren nicht befugt, Vermögensstücke der aufgelösten Gesellschaft, die vor der Konkurseröffnung von der übernehmenden Gesellschaft an einen ihrer Gläubiger zur Sicherheit übereignet worden sind, auf Grund des § 306 Abs. 4 zur Konkursmasse der aufgelösten Gesellschaft zurückzuverlangen. Dem Konkursverwalter steht grundsätzlich nur für das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehörige Vermögen das Verfügungsrecht zu. Vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner veräußerte Vermögensstücke kann er nur dann zur Masse zurückverlangen, wenn die Veräußerung derart unwirksam ist, daß die Übereignung an den Erwerber als rechtlich nicht erfolgt zu gelten hat. Eine solche Unwirksamkeit einer Übereignung von Vermögensstücken der aufgelösten Gesellschaft zur Sicherheit für Forderungen eines Gläubigers der übernehmenden Gesellschaft läßt sich aus § 306 Abs. 4 nicht entnehmen. Wenn nach dieser Vorschrift das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt, so ist dies nur zugunsten der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft, nicht auch zugunsten dieser Gesellschaft selbst bestimmt worden. Jene Gläubiger sind im Sonderkonkurse der aufgelösten Gesellschaft Konkursgläubiger. Daß der Konkursgläubiger die etwaigen Rechte dieser Konkursverwalter auf die aus-

geschiedenen Vermögensstücke wahrzunehmen befugt wäre, ergibt sich weder aus der KO. noch aus dem HGB.

3. **RG.** 84 242, R. **14** Nr. 1330. Findet keine Liquidation nach der Verschmelzung statt, so vereinigt sich das Vermögen der untergegangenen Gesellschaft mit dem der aufnehmenden. Die Schutzvorschriften der §§ 306, 301, 297 HGB. bedeuten kein zeitliches Veräußerungsverbot, sondern sollen nur die abgesonderte Befriedigung der Gläubiger der aufgenommenen Gesellschaft sichern.

4. BauersZ. **22** 103. Eine Fusion zweier AG. ist auch ohne Erhöhung des Grundkapitals der aufnehmenden Gesellschaft zulässig.

5. BauersZ. **22** 103. Die Bestimmung des § 306 Abs. 5 über das Sperrjahr steht dem Antrag auf Grundbuchberichtigung vor Beendigung des Sperrjahrs nicht entgegen.

Sechster Titel. Strafvorschriften.

§ 312. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 933. Der Tatbestand des § 312 deckt sich nicht mit demjenigen des § 246 StGB. Insbesondere ist hier, wo es sich um eine versuchte Veruntreuung von Aktien handelt, ein einheitliches rechtliches Zusammentreffen beider Vorschriften nach § 73 StGB. nicht ausgeschlossen.

2. **RG.** BauersZ. **22** 98. Wilde Spekulationsgeschäfte, die die Gefahr großer Verluste in sich schließen, können um dieser Eigenschaft willen einen Nachteil darstellen, den die Gesellschaft erleidet. Wer sich als Vorstandsmitglied dessen unmittelbar bewußt ist oder insoweit auch nur mit bedingtem Vorsatz handelt, verstößt gegen § 312.

§ 313. Ziff. 1. Bareinzahlung (vgl. § 195 Abs. 3). **a) RG.** BauersZ. **21** 267, DJZ. **14** 172. Den Anforderungen des Gesetzes entspricht nur eine solche Einzahlung, die dem Vorstand der Gesellschaft den Besitz, d. i. die tatsächliche Verfügungsgewalt über die gezahlte Geldsumme verschafft. Deshalb ist § 313 Ziff. 1 dahin auszulegen, daß er die falschen Angaben hinsichtlich des bei der Anmeldung bestehenden Besitzes mitumfaßt. Im vorliegenden Fall hatte der Vorstand A. nichts von den Bareinzahlungen in der Hand, vielmehr war allein B. (der Vorsitzende des Aufsichtsrats) im Besitz des Geldes. Es kann sich deshalb nur darum handeln, ob die Übergabe des Geldes an den Vorstand etwa durch eine Vereinbarung im Sinn des § 930 BGB. ersetzt worden war. Eine solche Vereinbarung lag nicht vor. **b) RG.** BauersZ. **21** 123. Das Wort „Einzahlung" kann, allein betrachtet, den Vorgang der Eigentumsübertragung an den Zahlungsmitteln bedeuten. Nach Zweck und Entstehungsgeschichte des § 313 bedeutet es aber hier diesen Vorgang einschließlich der Wirkung des Besitzüberganges auf den Vorstand. Der Angeklagte hatte zwar zur Zeit der Anmeldung ein Guthaben in Höhe der Viertelsdeckung bei der Deutschen Bank; aber dieses Verfügungsrecht hatte er nicht einmal in seiner Eigenschaft als Vorstand der AG., sondern nur in seiner Eigenschaft als Vertreter der Kontoinhaber. Die rechtliche Möglichkeit der freien Verfügung über diese Gelder würde zudem nicht genügt haben, um die Bestimmungen des Gesetzes als erfüllt anzusehen. Zwar darf man nicht so weit gehen, den mittelbaren Besitz als Besitz im Sinne des § 313 überhaupt auszuschließen; soviel muß aber verlangt werden, daß die Gelder, die als Viertelsdeckung in Frage kommen, bereits für die AG. vom anderen Vermögen gesondert worden seien. Der Rechtsirrtum des Angeklagten, er könne sich im Besitze des Geldes bezeichnen, wenn er es auf Konto der Bank zur tatsächlichen Verfügung bereitliegen hat, ist belanglos. **c) RG.** LeipzZ. **14** 933 (Gutschrift bei einem Bankhause) vgl. oben Ziff. 1 zu § 195.

§ 314. Ziff. 1. **a)** BauersZ. **22** 2. Die besondere Verwendung der Eingänge aus den stillen Reserven kann den Vorstand wegen Ver-

schleierung der Bilanz strafbar machen. b) BauersZ. 21 265. Haftung des Vorstandes wegen wissentlich falscher Berichte an die Presse.

§ 315. Abs. 2. BauersZ. 21 193. Aus § 315 Abs. 2 HGB. und § 823 Abs. 2 BGB. können auch solche Vorstandsmitglieder in Anspruch genommen werden, denen aus bloßer Fahrlässigkeit der Zustand der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit unbekannt geblieben ist, z. B. weil sie die Geschäftsführung den übrigen Vorstehern überlassen und sich um nichts gekümmert haben oder weil sie infolge mangelnder Befähigung nicht imstande waren, den Eintritt ihrer Verbindlichkeit zum Antrag auf Verhängung des Konkurses zu erkennen.

Anhang.

I. Stempelrecht. A. Reichsstempel. 1. Übergangsrecht vgl. unten PrStempStG.

2. Emmissionsstempel. Tarifst. 1 a, 1, 4 Sp. 4. a) **RG. 84** 17, **JW. 14** 478, BankA. **13** 296, BauersZ. **21** 225. Als Betrag, zu dem die Aktien ausgegeben werden, hat nach der ständigen Rechtsprechung des RG. der Preis oder Wert zu gelten, für den sie vom ersten Erwerber übernommen werden, also die Gegenleistung, die der erste Erwerber für den Erwerb zu entrichten hat. Dabei ist es grundsätzlich zunächst nicht entscheidend, welchen Wert die Leistung, also der veräußerte Gegenstand, hier die einzelne Aktie hat. Dieser sog. innere Wert der Aktie kann im einzelnen Falle größer oder geringer sein als die Gegenleistung. Das schließt aber nicht aus, daß auf den Wert der Gegenleistung, je nach Lage des Falles, aus dem Wert der Leistung geschlossen werden kann, da nach der Erfahrung des Lebens im Handelsverkehr sich beide annähernd zu decken pflegen. Zu einer solchen mittelbaren Schätzung der Gegenleistung wird dann zu schreiten sein, wenn die unmittelbare Feststellung ihres Wertes praktisch nicht oder nur schwer möglich ist. Im vorliegenden Falle stellen sich die Kläger auf den Standpunkt, daß es sich um eine Bargründung handle, bei der als die ersten Erwerber der Aktien die fünf Gründer und als Gegenleistung der von ihnen angeblich bar bezahlte Übernahmepreis von 110 v. H. des Nennbetrags anzusehen seien. Gegen die Annahme, daß der Ausgabe der Aktien hier eine in barem Gelde bestehende Leistung gegenüberstehe, erheben sich aber wesentliche Bedenken. Betrachtet man die der Gründung der H.-Werke zugrunde liegenden rechtsgeschäftlichen Vorgänge rein äußerlich, so wie sie im Gründungsvertrage beurkundet sind, und ohne Rücksicht auf die nebenher zwischen den Gründern und dem Fürsten X. getroffenen Vereinbarungen, so sind freilich die 5 Gründer im Sinne des Handelsrechts als die ersten Erwerber und der von ihnen versprochene Geldbetrag als die Gegenleistung anzusehen. Die Gründer hatten aber nicht die Absicht, sich an dem Aktienunternehmen wirklich zu beteiligen. In Wirklichkeit führten sie durch die Gründung nur auf Grund vorheriger Vereinbarung als Werkzeuge des Fürsten X. dessen Geschäfte, da Fürst X. seinen Privatbesitz an bergbaulichen Werken in die Form einer AG., deren sämtliche Aktien ihm zur Verfügung stehen sollten, umwandeln, aber wegen der mit der Gründung verbundenen zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit selbst nicht als Gründer hervortreten wollte. Bei dieser Sachlage ist im Sinne der Tarifst. 1 a als erster Erwerber der Aktien Fürst X. und als Wert der Gegenleistung der Wert des eingelegten bergbaulichen Besitzes anzusehen. Denn nicht der beurkundete, sondern der wirklich vorhandene und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmende Ausgabewert ist für die Steuerberechnung entscheidend und der Umsatz des Kapitals bewirkt die Steuerpflicht, ohne Unterschied, ob es in barem Gelde oder in anderen Vermögensgegenständen besteht. b) Heinitz, DJZ. **14** 782, nimmt Stellung gegen das unter Ziff. a abgedruckte Urteil des RG. Bisher habe ein Zweifel

nicht bestanden, daß die wirtschaftlichen Vorgänge der Stempelsteuer mit Rücksicht auf deren Natur als Urkundenstempel nur nach Maßgabe der von den Parteien gewählten urkundlichen Rechtsgeschäfte unterliegen, und daß zur Erreichung der wirtschaftlichen Ziele die rechtsgeschäftlichen Formen gewählt werden dürfen, bei denen möglichst geringe Stempelkosten entstehen. Neu und mit dem Wesen des Urkundenstempels unvereinbar sei der vom RG. aufgestellte Satz, daß, wenn auch auf dem Gebiete des Urkundenstempels als Gegenstand der Besteuerung nur die Urkunde in Betracht komme, für die Berechnung der Stempelabgabe der von den Parteien willkürlich gewählte Urkundeninhalt nicht oder nicht stets entscheidend sei, jedenfalls nicht die einzige Quelle für die Steuerberechnung bilde. Gegen **RG. 84** 17 auch Dalberg, JW. **15** 215. **c)** **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 258. Für die Berechnung des Emissionsstempels ist nicht der den Nennwert übersteigende Kurs, zu dem sie ausgegeben werden, sondern darüber hinaus (nicht darunter **RG. 80** 119) der Gesamtwert maßgebend, zu dem sie den ersten Erwerbern überlassen und von ihnen übernommen werden. **d)** Berücksichtigung der Emissionskosten bei Berechnung des Aktienausgabe- und Schlußnotenstempels. Seyfferth, BankA. **13** 254. Die Rechtsprechung des RG. ist in neuerer Zeit abweichend von dem früher eingenommenen Standpunkt dahin gegangen, daß alle Zahlungen der Aktienzeichner an die AG., mögen sie stillschweigend oder ausdrücklich zur Deckung der Emissionskosten bestimmt sein, als Teil des Ausgabebetrags der Aktien im Sinne der Tarifst. 1 a zu behandeln und daher dem Ausgabe- und dem Schlußnotenstempel unterworfen seien. Gegen die Richtigkeit dieser Rechtsprechung wendet sich in ausführlicher Würdigung der einzelnen RGUrteile der Aufsatz Seyfferths. **e)** **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 128. Schuldrechtlicher teilweiser Verzicht auf die zukünftigen Dividenden der neu auszugebenden Aktien sowie die Verlängerung einer Konzession als bei Berechnung des Emissionsstempels zu berücksichtigender Teil des Entgelts für die Gewährung der neuen Aktien. **f)** **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 258. Bei Fusion zweier AG. kann der Wert der in dem Vermögen der aufgenommenen Gesellschaft bestehenden Gegenleistung gegen die an deren Aktionäre ausgegebenen jungen Aktien der aufnehmenden Gesellschaft unter Umständen mittelbar durch den Wert dieser jungen Aktien bestimmt werden. **g)** **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 259, BauersZ. **22** 56. Unter „Ausgeben" ist das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft, nicht das dingliche Erfüllungsgeschäft zu verstehen. Der Zeitpunkt des ersteren ist daher für die Bewertung von Leistung und Gegenleistung bestimmend. **h)** ZAktWes. **15** 7 (Hamburg). Auch die nicht in einer Geldzahlung bestehende Gegenleistung des Übernahmekonsortiums, nämlich die Verschaffung von Genußscheinen, ist für die Höhe des Aktienstempels mitbestimmend.

3. Tarifst. 4 a. Anschaffungsstempel. Der Erwerb eigener junger Aktien durch die AG. von dem ersten Erwerber ist ein stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft.

4. Tarifst. 9. Vergütung des Aufsichtsrats. **RG.** BauersZ. **22** 98, BankA. **14** 107. Keine Tantiemesteuer für Vergütung, die ein Aufsichtsratsmitglied für seine Unterstützung des Vorstandes erhielt.

B. PrStempStG. Übergangsrecht. **RG.** JW. **14** 258, DNotV. **14** 456. Ist die Kapitalserhöhung einer ausländischen AG. auf Grund eines vor der Novelle von 1909 gefaßten Beschlusses nach dem 1. Juli 1909 in das Handelsregister einer inländischen Zweigniederlassung eingetragen, so ist der Stempel Tarifst. 25 a Anm. 5 zu erheben. ➛ Das wird nach dem neuen RStempStG. für die Anwendung der Tarifst. 1 A Anm. 3 Nr. 3 der Anmerkungen zu a und b gelten mit der Maßgabe, daß statt des 1. Juli 1909 der 1. Oktober 1913 entscheidend ist. Die Red. ⟵

II. Steuern. A. Preußische Einkommensteuer. 1. OVG. **62** 462, BauersZ. **21** 7. Die AG. ist nach den Bilanzen der 3 letzten Geschäftsjahre zu veranlagen. Die von der Generalversammlung genehmigten Bilanzen haben die Vermutung der Richtigkeit für sich, aber die Veranlagungsbehörden können in einzelnen Punkten die Unrichtigkeit nachweisen. Eine Abschreibung ist unrichtig, wenn die Wertsminderung nicht in dem betreffenden Geschäftsjahre, sondern schon früher eingetreten war oder wenn die übliche Grenze überschritten wird.

2. BauersZ. **21** 8. Zwecks Abschreibung in der Bilanz einer Erzgrube ist die Substanzverringerung für jedes Jahr der dreijährigen Durchschnittsperiode festzustellen. Die Gegenüberstellung des Wertes der vorhandenen Mineralien zu Beginn und am Ende der Periode genügt nicht, es sei denn, daß die Verringerung in jedem Jahre dieselbe sein mußte. Im Einspruchs- und Streitverfahren kann eine AG. eine höhere Abschreibung, als ihre Bilanz sie enthält, nicht beanspruchen, solange die Bilanz nicht von den zuständigen Organen geändert ist.

3. BauersZ. **21** 8. Eine AG., die staatlich nicht veranlagt ist, muß selbständig nach den Grundsätzen des EinkStG. zur Gemeindeeinkommensteuer veranlagt werden. Dabei ist nur das Einkommen zu berücksichtigen, das nach den Bilanzen der für die Durchschnittsberechnung maßgebenden 3 Geschäftsjahre bereits der Gesellschaft zugeflossen ist, später erwachsenes aber nicht.

4. ZAktWes. **14** 151, BankA. **13** 363 (OVG.). Behält eine AG. von dem Ertrag eines Geschäftsjahrs einen Teil zurück, um ihn zur Deckung der Reichsstempelabgabe bei einer zukünftigen Ausgabe neuer Gewinnanteilscheinbogen zu verwenden, so überweist sie ihn damit einem Reservefonds. Diese Überweisung ist nach § 15 steuerpflichtig.

5. BauersZ. **22** 7. Talonsteuerreserve als Reservefonds; Steuerpflicht.

6. BauersZ. **22** 8 (OVG.). Die AG. braucht nicht der Steuerbehörde ein Verzeichnis der Schuldner zwecks Nachprüfung der Abschreibungen einzureichen.

B. Preußisches Kommunalabgabengesetz. BankA. **13** 229 (OVG.). Gewerbliche AG. können nicht nur Einkommen aus Handel und Gewerbe, sondern auch aus Grundbesitz haben. Mietverträge aber, die teils aus den zur Vermeidung von Geschäftsverlusten erworbenen Hausgrundstücken erzielt werden, teils aus Mietwohnungen in den Banken eingehen, sind nicht Einkommen aus Grundbesitz, sondern aus Handel und Gewerbe.

C. Wehrsteuer. 1. BauersZ. **21** 171. Bilanzmäßige Behandlung der Wehrsteuer und Einfluß auf die Berechnung der Tantiemen.

2. Salomon, LeipzZ. **14** 275. Berechnung des Gewinnabzugs bei jungen Aktien gemäß § 18 WehrbeitragG.

D. Gewerbesteuer. BauersZ. **22** 32 (OVG.). Ausgabe von Schuldverschreibungen zur Deckung laufender Verpflichtungen; die Zinsen der Schuldverschreibungen sind nicht vom Ertrag abzugsfähig, sondern es liegt eine Verstärkung des Betriebskapitals vor. — Ausmittelung des Ertrags. Maßgeblichkeit der in dem letzten Jahre eingetretenen Wertminderung und des Buchwerts der aus dem Betrieb ausgeschiedenen Gegenstände. Zuweisung zum Erneuerungskonto zur Deckung künftiger Verluste oder zwecks Zurückführung der zu hoch zu Buch stehenden Aktivposten auf den richtigen Wert.

E. Kirchensteuer. PrVerwBl. **35** 561. AG. dürfen in Preußen weder nach protestantischem noch nach katholischem Kirchenrecht zur Kirchensteuer herangezogen werden.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 335. Begriff der stillen Gesellschaft. 1. **RG.** R. **14** Nr. 114. Mit dem Begriff der stillen Gesellschaft ist es vereinbar, daß dem stillen Gesellschafter eine bestimmte Verzinsung seiner Einlage auf alle Fälle, gleichviel ob der Betrieb einen Gewinn abwirft oder nicht, gewährleistet wird. Dagegen ist nicht zulässig die Abrede des Komplementars, daß, wenn Einnahmeüberschüsse bleiben, er vorweg seinen Kapitalanteil verzinst erhalten soll.
2. **RG.** R. **14** Nr. 115. Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung der Kontrollrechte des § 338 kann eine stille Gesellschaft als vereinbart gelten.

§ 338. Kontrollrecht des stillen Gesellschafters. **a)** Ausübung durch Bevollmächtigte vgl. Ziff. 1 zu § 118. **b)** Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 112. Umfang der Kontrollrechte. Die Kontrollbefugnisse des stillen Gesellschafters sind wesentlich enger als diejenigen des § 716 BGB. Ganz diesem Verhältnis entsprechend hat der Komplementar regelmäßig nur die bestimmte Pflicht zur abschriftlichen Mitteilung der Jahresbilanzen und Duldung der Nachprüfung der Bücher. Jede Einmischung in die Art der Geschäftsführung, jede Kritik im einzelnen ist ausgeschlossen. So kann der stille Gesellschafter Geschäftsaufwendungen z. B. an Gehältern und Auslagen an Angestellte nicht bemängeln. Alles das unter Vorbehalt der normalen Kaufmannsverantwortung. Der stille Gesellschafter hat nur das Recht der Kündigung, wenn es ihm gelingt, Maßnahmen der fraglichen Art als „wichtige Gründe" zur Lösung darzutun. Werden Posten streitig, so muß der stille Gesellschafter im Prozeß ihre Unzulässigkeit dartun. **c)** Marcus aaO. 113. Der Anspruch aus § 338 Abs. 1 setzt das Vorhandensein einer fertigen Bilanz voraus; ebenso wie die Anordnung aus § 338 Abs. 3. Prozeß ist hierüber nach § 145 FGG. ausgeschlossen. Auch kann der Registerrichter nicht § 127 FGG. anwenden. **d)** Marcus aaO. 113. Beweislast des stillen Gesellschafters beim Defektatorienanspruche gegenüber der auf Grund der Bilanz aufgemachten Gewinn- und Verlustrechnung. **e)** LeipzZ. **14** 405 (Colmar). Ein Recht des stillen Gesellschafters auf dauernden Mitbesitz der Bücher und Papiere besteht nicht, auch nicht, wenn die stille Gesellschaft infolge Todes des Geschäftsinhabers aufgelöst ist.

§ 340. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 112, verneint eine allgemeine Rechnungslegungspflicht des Komplementars gegenüber dem stillen Gesellschafter.

§ 342. **RG.** JW. **14** 831 Nr. 8, HoldheimsMSchr. **14** 211, BayRpflZ. **14** 323, BauersZ. **22** 67. § 342 soll nach seinem klaren Wortlaut die Gläubiger dagegen schützen, daß ihnen die in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergegangene Einlage, die an und für sich ihrem Zugriff schon offen stand, durch Herausgabe aus dem Geschäft wieder entzogen wird. Auch eine Sicherungsübereignung kann als Rückgewähr der Einlage anzusehen sein. Hatte der stille Gesellschafter keine Einlage geleistet, für die er sich nachträglich zum Schaden der Gläubiger eine Sicherung einräumen, die er sich also in dieser Form zurückgewähren ließ, sondern zahlte der stille Gesellschafter erst gegen die Sicherung und unmittelbar nach ihr den Gegenwert ein, und war er nicht verpflichtet, die Einlage ohne Sicherung zu machen, so liegt eine vom Konkursverwalter anzufechtende Rückgewähr der Einlage nicht vor.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 344. S. § 22.

§ 346. A. Handelsgebräuche. I. Literatur. 1. Handelsgebräuche. Gutachten der Handelskammer in den Mitteilungen der Handelskammer zu Berlin 12.

2. Handelsgebräuche. Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft, veröffentlicht in der Korrespondenz der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin (Koresp. d. Ält. **37**).

3. Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehre III (1914).

4. Hoffmann, Zuviel Handelsgebräuche, PosMSchr. **14** 29—31. Die Verkehrssitte darf nur zur Auslegung des — wenn auch unvollkommen — erklärten Willens, nicht aber zur Ergänzung des fehlenden Willens herangezogen werden.

5. Stransky, Zur Frage der rechtlichen Natur der Börsenusancen, insbesondere vom Standpunkte des österreichischen Rechtes, GoldschmidtsZ. **75** 276—343. Die Zusammenstellungen der Börsenusancen seitens der Börsenorgane sind nicht bloß Zusammenfassungen der im Börsenverkehr üblichen Gebräuche, der Handelssitte im Börsenverkehre, gemäß Art. 279 AHGB. Vielmehr soll in vielen Fällen durch die Kundmachung von „Usancen" seitens der Börsenleitungen erst irgendeine in ihnen ausgesprochene Regel eingeführt, und den Geschäftsabschlüssen von nun an so zugrunde gelegt werden, wie eine eigentliche Börsensitte. Der Verf. prüft, inwieweit der Börsenvorstand zu letzterem befugt ist und worauf sich diese Befugnis gründet.

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **14** Hptbl. 200 (Hamburg) verneint die Frage, ob die Bedingungen des Vereins Hamburger Spediteure in Hamburg usancegemäß, auch ohne Vereinbarung gelten.

2. HansGZ. **14** Hptbl. 47 f. (Hamburg) folgert die Anwendbarkeit jener Bedingungen aus dem früher zwischen den Parteien geübten Geschäftsverkehre.

3. HansGZ. **14** Hptbl. 179 f. (Hamburg). Von dem allgemein geltenden Handelsgebrauche, daß die Einhaltung der besonders vereinbarten Abladungs- oder Verschiffungszeit zur ordnungsmäßigen Leistung des Verkäufers gehört, ist für solche Fälle keine Ausnahme zu machen, wo an Stelle der häufigeren Verspätung eine Verfrühung eingetreten ist.

4. OLG. **28** 380 f. (Hamburg). Nach der in Hamburg bestehenden Übung ist allgemein bei cif-Käufen, jedenfalls von Drogenwaren, der Käufer verpflichtet, die Ware am Kai zu untersuchen, vorbehaltlose Wegnahme der Ware vom Kai ohne Untersuchung gilt als Genehmigung.

5. R. **14** Nr. 1728 (Hamburg). Im Gemüsekonservenhandel besteht noch kein allgemeiner Handelsgebrauch dahin, daß bei Mißernte der Lieferant berechtigt ist, die zugesagte Lieferungsmenge je nach dem Umfange der Mißernte zu kürzen.

B. Klauseln. I. Literatur. Witkowski, Die Arbitrageklausel im Getreidehandel, JW. **14** 737—739. Die Klausel bedeutet bald nur die Vereinbarung über die Entscheidung von Qualitätsdifferenzen und deren Folgen, bald die Vereinbarung einer endgültigen schiedsgerichtlichen Entscheidung aller Streitigkeiten.

II. Rechtsprechung. 1. SeuffA. **69** 85—87 (Hamburg). Die Klausel „Hamburger Arbitrage" läßt nicht nur Kaufleute als Schiedsrichter zu.

2. HansGZ. **14** Hptbl. 83 f. (Hamburg). Zwischen Hamburger Kaufleuten war ein Kaufvertrag „cif Antwerpen" mit der Vereinbarung geschlossen, daß bei etwaigen Differenzen Hamburger Handelskammer-Arbitrage stattfinden solle. Für die Berechnung des abstrakten Schadens wegen Nichtlieferung kann, wenn für Antwerpen ein Marktpreis nicht festzustellen ist, der Preis der Ware loco Hamburg zugrunde gelegt werden.

3. HansGZ. **14** Hptbl. 23 f. (Hamburg) über die Bedeutung und Auslegung der sog. Stiffening-Klausel.

4. HansGZ. **14** Hptbl. 21—23 (Hamburg). Die Klausel, nach welcher Störungen irgendwelcher Art des Betriebs der Minen oder des Transports der Kohlen, ins-

besondere verursacht durch Arbeitseinstellungen, die Verkäufer von der Verpflichtung zur Lieferung entbinden, trifft den Fall „der Zurückhaltung eines Teiles der Kohlen seitens des Grubenbesitzers im Hinblick auf einen bevorstehenden Streik" jedenfalls dann nicht, wenn zur Zeit des Vertragsschlusses mit der Möglichkeit des Eintritts des Streiks gerechnet und gleichwohl eine kurze Lieferungfrist vereinbart wurde.

5. LeipzZ. **14** 1057 (Kiel). Die Klausel „cif Hamburg transito" besagt nicht lediglich, daß die Kosten der Fracht bis Hamburg vom Verkäufer, die weiteren Kosten vom deutschen Eingangshafen nach dem Bestimmungsorte vom Käufer zu tragen sind, wobei dann das Wort „transito" darauf hinweisen soll, daß Hamburg nur als Durchgangsstation zu betrachten sei. Das Wort „transito" besagt vielmehr im Einfuhr- und Freihafenverkehr, daß die Ware unverzollt ist, also in einem Zustande, wo sie nur durchgeführt wird bzw. wieder ausgeführt werden kann, weil sie noch nicht verzollt ist. Wenn also zu liefern ist „cif Hamburg transito", so liegt die Lieferung vor der Verzollung, die bereits Sache des Käufers ist.

6. BadRpr. **14** 55 (Karlsruhe). „Netto Kassa" oder „Rein Netto Kassa" bedeutet nach feststehender Handelsübung, daß der Käufer ohne Berechtigung zum Abzug eines Skontos frühestens bei Lieferung der Ware, nicht etwa schon nach Erhalt der Faktura, den Kaufpreis zu zahlen habe.

7. HansGZ. **14** Hptbl. 177—179, R. **14** Nr. 1726 (Hamburg). Ist mit der Klausel „Kasse gegen Dokumente" verkauft, so ist der Käufer zur Zahlung nur verpflichtet, wenn ihm sämtliche über die Ware ausgestellten Konnossemente angeboten werden; es genügt nicht, wenn ihm nur ein vom Schiffsmakler der Reederei abgestempeltes, nicht einwandfreies Konnossement vorgelegt wird.

8. R. **14** Nr. 1727 (Hamburg). Die Vertragsbestimmung „Novemberverschiffung von China" hat bei Antimon Crudum nicht die Bedeutung einer Beschaffenheitsangabe, sie ist lediglich Zeitbestimmung, aber nach Handelsgebrauch eine so wesentliche Vertragsbestimmung, daß der Verkäufer, der eine entsprechend verschiffte Ware nicht andient, nicht als erfüllungsbereit angesehen werden kann.

9. HansGZ. **14** Hptbl. 21—23 (Hamburg). Bei der Klausel „zu liefern ab 1. Januar 1912 bis Ende 1912 sukzessive, ungefähr gleichmäßig auf die einzelnen Monate" gilt die Zeit der Leistung nicht als gemäß § 284 BGB. nach dem Kalender bestimmt. Hingegen bei der Klausel „zu liefern ab Bord bis zum 29. Februar 1912".

C. Vertragsabschluß, Bestätigungsschreiben, Stillschweigen. 1. OLG. **28** 368 f. (Hamm). Anerkannten Rechtens haben im Handelsverkehre Bestätigungsschreiben eines Vertragsteils, die in der erkennbaren Absicht einer alles Vereinbarte zusammenfassenden Festlegung des Vertragsinhalts dem anderen Teile übermittelt werden, rechtserzeugende Bedeutung in der Art, daß das Schweigen des Empfängers als Zustimmung gilt und dieser auch nicht befugt erscheint, mit seiner etwaigen Gegenbestätigung einseitig neue Vertragsbedingungen einzuführen.

2. R. **14** Nr. 2006 (Hamburg). Bei Bestätigungsschreiben, die den Inhalt des Vertrags auch hinsichtlich mündlich nicht besprochener Punkte erschöpfend zu regeln bestimmt sind, hat sich allerdings die Gewohnheit herausgebildet, daß ihre Nichtbeantwortung als Zustimmung gilt. Das gleiche kann aber nicht für bloße Auftragskopien angenommen werden, die lediglich den unmittelbar vorher getätigten Abschluß inhaltlich wiedergeben sollen, und bei denen mündlich leicht besprochene Zusätze nicht üblich sind.

3. OLG. **28** 370—372 (Rostock). Der allgemeine Grundsatz, daß alle in einem Bestätigungsschreiben enthaltenen Abweichungen von dem voraufgehend beredeten Vertragsinhalte den Vertragsgegner binden, wenn er jenes Schreiben stillschweigend hinnimmt, gilt zwar in der Regel nur für den Verkehr unter Kaufleuten. Aber auch hier ist das Verhalten des X. nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte

nicht anders auszulegen, als daß er sich stillschweigend mit dem Bestätigungsschreiben einverstanden erklärt hat.

4. Ebenso OLG. **28** 369 f. (Naumburg).

5. OLG. **28** 373 f. (Posen). Selbst wenn man das klägerische Schreiben trotz seines mit dem Ausdrucke „Bestätigung" wohl vereinbaren, prinzipalen Annahmecharakters außerdem auch noch als eigentliches konstitutives Bestätigungsschreiben ansieht und davon ausgeht, daß auch die Beklagte diesen Nebencharakter erkennen mußte, so setzt doch die Bindungskraft ihres demnächstigen Schweigens voraus, daß sie nach den besonderen Umständen des Falles gemäß den Verkehrsanschauungen über Treu und Glauben zu einer Antwort verpflichtet war. Ein solcher Umstand liegt aber nicht schon in der bloßen Tatsache, daß überhaupt Verhandlungen stattgehabt haben. Vielmehr muß bei Bestätigungsschreiben auf bewußt erdichtete Abschlußüberschreibungen durch die Reisenden des Bestätigers das Bestehen einer Antwortpflicht grundsätzlich geleugnet werden.

6. HansGZ. **14** Hptbl. 54 f. (Hamburg). Für ein Kaufgeschäft sind die Bedingungen des Katalogs des Verkäufers nicht als maßgebend zu erachten, wenn nicht bei Abschluß des Kaufvertrags der Verkäufer seine Absicht, den Vertrag unter die Bedingungen seines Katalogs zu stellen, mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht hat. Die Bezugnahme des Bestätigungsschreibens auf die „Katalogpreise" allein genügt nicht.

7. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 981—985, BankA. **13** 275 f., LeipzZ. **14** 673 f., HoldheimsMSchr. **14** 79—81. Es ist bei Beurteilung der Rechtslage davon auszugehen, daß selbst ein Kaufmann, wenn er erfährt, daß seine Unterschrift unter einem oder selbst unter mehreren Wechseln gefälscht ist, damit allein noch nicht verpflichtet wird, dem Betrogenen Mitteilung zu machen. Erst dann entsteht eine Mitteilungspflicht, wenn nach den Umständen des einzelnen Falles nach den im Verkehr hinsichtlich des Begriffs guter Sitte herrschenden Anschauungen, gemessen an dem allgemeinen Sittlichkeits- und Anstandsgefühl, erwartet werden muß, daß er denjenigen, der von dem Fälscher betrogen werden soll, oder betrogen ist, in Kenntnis setzt, daß er seine Unterschrift nicht anerkenne.

8. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 106 f. Muß der Wechselaussteller, der weder Kaufmann ist noch mit dem Wechselinhaber in Geschäftsverbindung steht, nach den Anschauungen des redlichen Verkehrs die Beisetzung des Domizilvermerkes als mit seinem nachträglichen Einverständnis erfolgt gegen sich gelten lassen, wenn er auf die Mitteilung des Wechselinhabers von der Beifügung des Vermerkes geschwiegen hat? Die Frage wird verneint.

9. **RG.** BankA. **13** 330. Gefälschte Wechselunterschriften werden durch Schweigen nicht genehmigt, wenn derjenige, dessen Unterschrift gefälscht worden ist, nicht glauben konnte, die Erwerber würden die falschen Akzepte ohne Mißtrauen hinnehmen, und wenn er daher seine Warnung für überflüssig halten durfte.

§ 347. I. Literatur. Lessing, Zur Frage der Sorgfaltpflicht der Banken bei Ausführung von Überweisungsaufträgen, BankA. **13** 287—290. Der Verf. wendet sich gegen **RG.** vom 15. Dezember 1913. BankA. **13** Nr. 10, wo ausgesprochen wird, daß für die Sorgfaltpflicht einer Bank bei Ausführung von Überweisungsaufträgen die Umstände des einzelnen Falles maßgebend sein sollen. Er empfiehlt, zur Rechtsprechung von **RG. 54** 329 ff. zurückzukehren, wo ausgeführt wurde, daß es nicht Sache einer Girobank sei, die bei ihr einlaufenden Überweisungsaufträge auf ihre Rätlichkeit zu prüfen, daß sie insbesondere nicht verpflichtet sei, über die Zweckmäßigkeit einer ihr angesonnenen Zahlung, Übertragung oder Überweisung Erwägungen anzustellen. „Die Bank ist Kassenhalterin, nicht Ratgeberin ihrer Kunden."

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** BankA. **13** 373—375 über die Haftung eines Bankiers wegen angeblich schuldhafter Ratserteilung hinsichtlich der Sicherheit einer Hypothek.

2. **RG.** HansGZ. **14** Hptbl. 181—183 über die Haftung des Bankiers für Ratserteilung beim Ankaufe von Papieren.

3. **RG.** BankA. **13** 327—330. Die Auskunft, welche eine Bank einem Dritten auf dessen Ersuchen über die Kreditwürdigkeit eines Kunden erteilt, stellt sich als ein Urteil dar, das den der Bank bekannten Tatsachen nicht widersprechen darf. Die einzelnen Tatsachen, auf denen ihr Urteil beruht, dem Anfragenden mitzuteilen, ist jedoch die Bank weder verpflichtet, noch auch nur — im Hinblick auf das zwischen ihr und dem Kunden bestehende Vertrauensverhältnis — berechtigt. Es bedeutet deshalb auch keinen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn die Bank bei ihrer Auskunft bewußt verschweigt, daß sie beabsichtige, das Konto des Kunden „herabzuarbeiten" oder die Verbindung mit ihm zu lösen.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 71. Pflichten des Bankiers beim Verkauf von Wertpapieren. Der Bankier darf beim Verkauf von Wertpapieren seine Kunden, wenn er auch nicht verpflichtet ist, sie über den Selbstkostenpreis zu unterrichten, doch nicht in arglistiger Weise über solche Verhältnisse im Unklaren lassen, die nach seiner Kenntnis der Sachlage sie unbedingt von dem Geschäftsschluß abhalten würden. Ein arglistiges Verschweigen solcher Umstände verstößt gegen die guten Sitten.

5. **RG.** BankA. **13** 190 f. Haftung einer Bank für eine unrichtige Auskunfterteilung seitens des Prokuristen einer Zweigniederlassung.

6. SeuffA. **69** 186—188 (Dresden) über die Haftung der Bank für Auskunft ihrer Angestellten.

7. HansGZ. **14** Hptbl. 115 f., BankA. **13** 278 (Hamburg). Für den Mißbrauch des Firmenstempels durch einen Unbefugten kann ein Geschäftsinhaber nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn ihn hinsichtlich der Verwahrung des Stempels und hinsichtlich der Möglichkeit der Benutzung desselben durch einen Unbefugten ein Verschulden trifft. Der Beweis hierfür liegt demjenigen ob, der Ansprüche aus der mißbräuchlichen Verwendung des Stempels ableitet. Aus der Tatsache allein, daß der Kontorbote zu wiederholten Malen Gelegenheit gefunden hat, den Firmenstempel des Beklagten zur Abstempelung von ihm ausgeschriebener Bestellzettel zu verwenden, läßt sich nichts dafür entnehmen, daß der Beklagte jene Pflicht verletzt hat.

8. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 155. Scheckformulare sind sorgfältig aufzubewahren. Hierzu ist unter Umständen die Aufbewahrung in einem mit einem Kunstschlosse versehenen Behältnis erforderlich.

9. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 155. Auch bei Vorlegung von Schecks über größere Beträge ist die Bank zur Anfrage beim Scheckinhaber nicht verpflichtet. Die Unterlassung stellt deshalb kein Verschulden ihrerseits dar.

§ 348. 1. **RG.** JW. **14** 877 Nr. 15, BauersZ. **22** 68 f., LeipzZ. **14** 1533. Daß eine Konventionalstrafe nach § 348 HGB. vom Richter nicht herabgesetzt werden kann, schließt nicht die Nichtigkeit eines gegen die guten Sitten verstoßenden Strafversprechens aus.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 154. § 351 HGB. enthält für Minderkaufleute eine Ausnahme von der Regel des § 348, wonach die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochene Vertragsstrafe vom Richter nicht herabgesetzt werden kann. Will ein Kaufmann — und ein solcher ist nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 und § 4 Abs. 1 HGB. auch der Handwerker, der gewerbsmäßig bewegliche Sachen anschafft und sie nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert — die Herabsetzung einer in seinem Gewerbebetriebe versprochenen Vertrags=

strafe herbeiführen, so liegt daher ihm der Beweis ob, daß er zur Zeit der Abgabe des Versprechens Minderkaufmann gewesen ist.

3. S. § 74.

§ 350. 1. RheinA. **111** 130—134 (Düsseldorf). Gibt ein Dritter einer Bank einen Wechsel als Sicherheit für den einem Kunden gewährten Kredit, so ist nach dem mutmaßlichen Parteiwillen der Wechsel als für den Ausfall gegeben anzusehen. Der Treugeber haftet in solchem Falle mit dem Wechsel nicht einfach als Gesamtschuldner, er kann aber auch nicht verlangen, daß ihm über die Verwertung anderer Sicherheiten von der Bank zunächst Rechenschaft gegeben werde. Die Bank kann ihn vielmehr aus dem Wechsel sofort bei Zahlungsunfähigkeit des Kunden in Anspruch nehmen; ihm bleibt aber, auch nach rechtskräftiger Verurteilung zur Zahlung, der Anspruch auf Herabsetzung seiner endgültigen Haftung auf den wirklichen Ausfall nach dessen Feststellung, den er nach § 767 ZPO. geltend machen kann.

2. **RG.** JW. **14** 470, BankA. **13** 276 f. Der Bürge, der eine zeitlich unbegrenzte Bürgschaft für einen Bankkredit übernommen hat, ist befugt, sie nach Verlauf eines angemessenen Zeitraums zu kündigen.

§ 351. S. § 348.

§ 355. I. Literatur. Strzybny, Wird ein Kontokorrent im Sinne des § 355 HGB. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Beteiligten ipso jure gelöst? JW. **14** 666 f. Der Verf. bejaht die Frage.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1132. An der Darlegungspflicht und Beweislast hinsichtlich der einzelnen streitigen Posten wird dadurch, daß zwischen den Parteien ein eigentliches und uneigentliches Kontokorrentverhältnis besteht, nichts geändert.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 154 f., LeipzZ. **14** 1202 f. Internationales Recht bei Kontokorrentverhältnissen. Bei einem solchen Verhältnisse, bei dem die sämtlichen einzelnen Geschäfte — als solche — nicht weiter in Betracht kommen und bei dem keiner der Vertragsteile von vornherein und dauernd Gläubiger oder Schuldner ist, vielmehr ein Forderungsrecht und eine Schuld erst durch den Rechnungsabschluß begründet wird, kann von einem bestimmten Sitze des Vertragsverhältnisses nicht gesprochen werden (**ROHG. 17** 124) und ist an sich nach allgemeinen Grundsätzen die sich bei dem Rechnungsabschluß ergebende Schuld von demjenigen Teile, der der Schuldner geworden ist, da zu bezahlen, wo er seinen Wohnsitz hat. (S. auch **B** III zu Art. 11 EGBGB.)

§ 363. Kaufmännische Verpflichtungsscheine als Anleihepapiere. *Veit Simon, Die Interimsscheine (Berlin 1913) § 24 III. Die zur Vermeidung der staatlichen Genehmigung häufig als kaufmännische Verpflichtungsscheine an Order ausgegebenen Teilschuldverschreibungen müssen voll eingezahlt sein, da die verbriefte Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig sein darf.

§ 366. FrankfRundsch. **48** 86—88 (LG. Frankfurt a. M.). Der Frachtführer erwirbt an der ihm von einem Mieter zur Besorgung eines Umzugs übergebenen Wohnungsausstattung ein gesetzliches Pfandrecht, auch wenn ihm bekannt ist, daß deren Eigentümer noch ein Abzahlungsverkäufer ist, es sei denn, daß ihm bekannt ist, daß die Sachen gegen den Willen des Abzahlungskäufers verbracht werden. Die „Befugnis des Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen" (§ 366 Abs. 1 HGB.), ist in den Fällen des § 366 Abs. 3 HGB. die Befugnis des Gegenkontrahenten, des Frachtführers usw., den Frachtvertrag usw. „für den Eigentümer" abzuschließen. Darunter ist nicht nur die Befugnis zu verstehen, einen Frachtvertrag zu schließen, dessen unmittelbarer Interessent der Eigentümer ist, so daß der Vertragschließende nur an Stelle des Eigentümers abschlösse, sondern es fällt jeder Vertrag unter die Bestimmung, der mit Zustimmung des Eigentümers ge-

schlossen wird, der dem Willen des Eigentümers nicht widerspricht. Der Frachtführer usw. muß sich im guten Glauben an die Verfügungsmacht seines Kontrahenten befinden, über das fremde Gut den in Frage kommenden Vertrag zu schließen.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

§ 373. I. Literatur. Hagemann, Deckungskauf, Deckungsverkauf und mitwirkendes Verschulden des vertragstreuen Teiles, LeipzZ. **14** 1345—1347. Solange eine Partei gegenüber einem vertragsbrüchigen Verkäufer oder Käufer selbst vertragstreu bleiben will, darf auf ihre künftigen Entschließungen, ob sie später nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen soll, kein Druck deshalb ausgeübt werden, weil dieses Festhalten am Vertrag mit den Interessen des anderen im Widerspruch stehen und Schadensansprüche in Zukunft erzeugen kann. Dagegen, will auch der vertragstreue Teil vom Vertrag schließlich abgehen, so muß er nach Fassung und Erklärung dieses Entschlusses, seine Maßnahmen so frühzeitig treffen, wie es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und die Pflichten eines ordentlichen Kaufmanns fordern. Zögert er nach diesem Zeitpunkt mit seiner Wahl aus Unentschlossenheit und ohne Grund, so trägt er auch seinerseits zu einer Entstehung oder Vermehrung eines Schadens bei, wie § 254 BGB. erfordert. Das gilt nicht nur für den Deckungskauf, sondern auch für den Deckungsverkauf.

II. Rechtsprechung. 1. LeipzZ. **14** 406 f. (Hamburg). Tatsächliche Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers ist Voraussetzung für den Annahmeverzug des Käufers.

2. R. **14** Nr. 1333 (Stuttgart). Beim Sukzessivlieferungsvertrage kann sich der Käufer, auch wenn er die bisherigen Lieferungen ohne Mängel abgenommen hat, doch auch auf die von ihm behaupteten Mängel zu dem Zweck berufen, um seinen Annahmeverzug zu bestreiten; er macht damit geltend, daß der Verkäufer nicht imstande sei, vertragsmäßige Ware anzubieten.

3. OLG. **28** 375 f. (Braunschweig). Der Selbsthilfeverkauf ist eine Art der Vertragserfüllung des Verkäufers, der mit dem an die Stelle der Waren tretenden Verkaufserlöse den Kaufpreis bis zu dessen Höhe deckt und die verbleibende Differenz vom Käufer fordert. Daher sind im wesentlichen die Bedingungen des ursprünglich verabredeten Kaufvertrags zu beobachten, während Abweichungen, die nach den Umständen des Falles angemessen erscheinen, zulässig sind.

4. OLG. **28** 376—378 (München). In den Regelfällen ist der Abruf lediglich eine Nebenverpflichtung; seine Unterlassung bewirkt dann zunächst, daß der Käufer — und zwar bei einer kalendermäßigen Frist auch ohne Aufforderung und Angebot, also durch bloßen Fristablauf — in Annahmeverzug gerät, der Verkäufer sohin die in den §§ 300 ff., 383 BGB. und § 373 HGB. bestimmten Rechte (besonders einen Anspruch auf Ersatz der durch den Verzug verursachten Mehraufwendungen für Lagerung usw., sowie die Befugnis zur Hinterlegung und zum Selbsthilfeverkauf) erhält. Unter Umständen, besonders mit Rücksicht auf die Abschlüsse mit Vormännern, auf den periodischen Wechsel der Preise, auf die Schädlichkeit längerer Lagerung der Waren, auf Mangel an Platz für die Lagerung größerer Mengen, muß jedoch der Abruf nach ausdrücklicher Vereinbarung oder nach Treu und Glauben als Hauptverpflichtung aufgefaßt werden; in diesen Fällen kann der Verkäufer auch den durch den § 326 BGB. gewiesenen Weg gehen, der zum Ersatze des Schadens wegen Nichterfüllung oder zum Rücktritte führt.

5. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 255. Schadensersatzanspruch wegen Nichtlieferung. Der Übergang von der konkreten zur abstrakten Schadensberechnung in der Berufungsinstanz stellt keine Klagänderung dar.

6. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 152. Der Schadensersatzberechtigte hat die Wahl, ob er seiner abstrakten Schadensberechnung den bei Beginn des Verzugs oder den bei Ablauf der Nachfrist marktgängigen Preis zugrunde legen will.

7. OLG. **28** 56 f. (Hamburg). Eindeckungspflicht des Käufers. Die Schadenspflicht der Beklagten untersteht den allgemeinen gesetzlichen Regeln über Schadensersatz; besonders findet auf sie auch der § 254 Anwendung. Wann ein Käufer die Gelegenheit, sich vom Verkäufer mangelfreie Ware nachliefern zu lassen oder auf andere Weise sich für die mit dem Kaufvertrage verfolgten Zwecke einzudecken, schuldhaft also zum mindesten fahrlässig versäumt, wird freilich mit besonderer Vorsicht nachzuprüfen sein; Bedenken, zu denen der Käufer von seinem Standpunkt aus nach Lage der Sache eine vernünftige Veranlassung hatte, werden regelmäßig die Feststellung eines Verschuldens ausschließen.

8. OLG. **28** 159 f. (KG.). Wenn auch § 254 BGB. auf den Deckungskauf anzuwenden, der Käufer also den Schaden möglichst abzuwenden oder zu mindern hat, so folgt daraus nicht, daß der Käufer sein eigenes Interesse hintansetzen und dasjenige des Verkäufers besonders wahrnehmen müsse. Es darf nicht vergessen werden, daß der Verkäufer es ist, der seine Vertragspflicht, die verkaufte Ware zu liefern, nicht erfüllt.

9. **RG. 83** 176—178, JW. **14** 72, HansGZ. **14** Hptbl. 11 f. Die Rechtslage des vertragstreuen Teiles beim Deckungskauf darf durch das unberechtigte Sichlossagen des Gegners vom Vertrag nicht verschlechtert werden. Die Rücksicht auf den säumigen Käufer kann den Verkäufer, der erfüllungsbereit ist, nicht nötigen, seinen Erfüllungsanspruch aufzugeben. Der Zeitpunkt, wann er zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung übergeht, bleibt, ebenso wie die Frage, ob dies überhaupt geschehen soll, grundsätzlich seiner freien Entschließung überlassen. Von einem zur Entstehung des Schadens mitwirkenden Verschulden des Verkäufers — § 254 BGB. — kann erst gesprochen werden, wenn er den Entschluß des Überganges gefaßt und seinen Willen erklärt hat.

10. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 75. Die vorgängige Benachrichtigung des Käufers durch den Verkäufer von Zeit und Art der Versteigerung ist notwendig. Es genügt nicht die anderswie erlangte Kenntnis des Käufers davon, daß Ware der gekauften Art versteigert werden soll, wenn er nicht weiß, daß es sich um die von ihm gekaufte Ware handelt.

§ 374. SeuffA. **69** 108—110, HansGZ. **14** Hptbl. 45—47 (Hamburg). Hat der Käufer zunächst zu Unrecht eine Nachfrist unter Androhung anderweitiger Eindeckung gesetzt, so kann er gleichwohl nachträglich — unter Aufgabe seines unrichtigen Standpunktes — Lieferung verlangen.

§ 375. 1. LeipzZ. **14** 967 f. (Jena). Die Spezifikationsklage ist unzulässig, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des § 375 HGB. (D. z. E. 218) ergibt.

2. R. **14** Nr. 818 (Stuttgart). Solange der Käufer im Spezifikationsverzug ist, kann der Verkäufer nicht auf Abnahme klagen, wenn er nicht, gemäß § 375 Abs. 2, seinerzeit die vorbehaltene Bestimmung getroffen hat.

3. LeipzZ. **14** 1401 (Colmar). Die Beklagte war mit dem Abruf und mit der Spezifikation der von ihr gekauften Webstoffe, welche der Kläger nach der von der Beklagten zu machenden Angabe einfärben sollte, im Verzuge. Dadurch, daß sie nicht spezifizierte, war aber dem Kläger nicht unmöglich geworden, seinerseits zu erfüllen. Denn er konnte nach § 375 HGB. statt der Beklagten die Bestimmung der Farbe treffen. Der besonderen Vorschrift des § 375 gegenüber kann die allgemeine Vorschrift des § 324 BGB. keine Anwendung finden.

§ 376. SeuffA. **69** 160—162 (Kiel). Die Verpflichtung zur Lieferung mit einem bestimmten Tourendampfer begründet noch kein Fixgeschäft. S. ferner § 346 B.

§ 377. I. Untersuchungs- und Rügepflicht. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1461. Die sofortige Untersuchungspflicht trifft den Käufer auch dann, wenn er bei einem unzuständigen Gericht in das Handelsregister eingetragen ist. Er muß sich gemäß § 5 HGB. als Kaufmann behandeln lassen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1332. Die Zusicherung einer bestimmten Gebrauchsdauer oder der Eignung zu einem bestimmten Zweck enthält keinen Erlaß der Untersuchungspflicht.

3. OLG. **28** 379 f. (Braunschweig). Die bloße Kenntnis des Verkäufers, daß Käufer die Ware weiter zu senden beabsichtige, berührt die Untersuchungspflicht des Käufers nicht. Es bedarf ganz besonderer Umstände, um anzunehmen, daß nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang oder nach stillschweigender Vereinbarung der Vertragsteile die Ware nicht in unmittelbarem Anschluß an die Ablieferung, sondern erst nach weiterer Verfügung über sie untersucht werden solle.

4. OLG. **28** 132 (Hamburg). Ein Typmuster ist lediglich dazu bestimmt, die Beschaffenheit der zu liefernden Ware ungefähr wiederzugeben, und seine Übereinstimmung mit der Ware befreit den Verkäufer nicht von der Verpflichtung, eine gesunde und gute, d. h. zu ihrer regelmäßigen Verwendung geeignete Ware zu liefern.

5. SeuffA. **69** 350—352, LeipzZ. **14** 1229 f. (Dresden). Erteilt der Käufer unter Hinweis auf die Bedeutung der gerade in Frage kommenden Verpackung dem Verkäufer genaue Vorschriften über die Art der Verpackung und unterwirft er sich diesen Vorschriften, so stellt sich die hierdurch zustande gekommene Einigung als Teil des Vertragsschlusses selbst dar, auf den die Bestimmungen über den Kauf Anwendung finden. In einem solchen Fall muß die Art der Verpackung als zur Beschaffenheit der Ware selbst gehörig angesehen werden, so daß die Fehler der ausdrücklich vereinbarten Verpackung als Mängel der Ware erscheinen. Die Anwendung des § 377 HGB. ist mithin nicht bloß in den Fällen mangelhafter Verpackung gegeben, die in Staub-Könige aaO. (sowie in Makower, HGB. [13] II 1257 § 377 IV 6) als Beispiele angeführt sind, sondern überall da, wo der Käufer eine bestimmte Art der Verpackung ausdrücklich vorgeschrieben und noch überdies auf die Bedeutung hingewiesen hat, die die Einhaltung dieser Anweisung für den Transport der Ware habe.

II. Art der Untersuchung und Rüge. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1331. Soweit die Untersuchung durch Stichproben überhaupt sachgemäß ist, ist der Käufer nicht nur zu ihrer Vornahme berechtigt, sondern er muß auch auf diese Weise untersuchen, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, daß er das Recht zur Rüge der bei einer solchen Untersuchung erkennbaren Mängel verliert.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 155. Die Mängelanzeige ist eine Willenserklärung des Käufers, durch die er erklärt, daß er die Ware wegen der entdeckten Mängel nicht als vertragsmäßige Leistung gelten lassen wolle. Eine solche dispositive Erklärung wird nicht dadurch ersetzt, daß der Verkäufer von dem Vorhandensein von Mängeln anderweitig Kenntnis erlangt.

3. LeipzZ. **14** 1062 f. (AG. Hamburg). Beilegung der Mängelanzeige nach § 377 HGB. in das Paket, in dem der Käufer dem Verkäufer die Waren zurücksendet? Beklagte haben ihrer Pflicht zur ordnungsmäßigen Mängelrüge nach § 377 BGB. nicht genügt. Es kommt allerdings nur auf die rechtzeitige Absendung der Mängelanzeige, nicht auch darauf an, wann sie zur Kenntnis des Verkäufers gelangt ist. Dabei ist aber vorauszusetzen, daß die Absendung in verkehrsüblicher Weise geschieht, so daß nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge anzunehmen ist, die Anzeige werde auch alsbald in die Hände des Adressaten kommen. Die Beilegung der Mängelanzeige in ein Paket, in dem die vom Verkäufer gelieferte Ware zurückgeschickt wird, kann nicht als verkehrsüblich angesehen werden. (S. ferner oben § 346 B.)

§ 378. **RG.** **84** 355—357, JW. **14** 675 f. Nr. 3, HoldheimsMSchr. **14** 208. Die Bestimmung im § 378, — daß die Vorschriften des § 377 auf die Lieferung einer anderen Ware dann keine Anwendung finden, wenn die gelieferte Ware offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers

als ausgeschlossen betrachten müßte — ist in dem Sinne zu verstehen, daß nur das objektiv vorhandene Maß der Abweichung, nicht die subjektive Auffassung des Verkäufers entscheiden soll. Es ist deshalb für die Anwendung dieser Bestimmung gleichgültig, ob der Verkäufer überhaupt Kenntnis von der Vertragswidrigkeit der Ware hatte und ob er, wenn er diese hatte, sich irgendwelche Gedanken über die Frage der Genehmigung des Käufers gemacht hat.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

§ 383. I. Literatur. Petri, Zur Frage der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut, AZivPr. **111** 359—393. Bei Einkaufseinzelkommission wird in den Regelfällen mit Erlangung des unmittelbaren Besitzes seitens des Kommissionärs der Kommittent Eigentümer, bei der Einkaufssammelkommission die Kommittenten Miteigentümer nach dem Verhältnis ihrer Kommissionsaufträge. Bei der Verkaufskommission bleibt der Kommittent Eigentümer, bzw. bleiben die Kommittenten Miteigentümer und gehen ihres Eigentums erst dann verlustig, wenn der Kommissionär den gewollten Erfolg des Kommissionsgeschäfts, die Veräußerung der anvertrauten Gegenstände, entweder an sich selbst oder an Dritte herbeiführt. Zu einer ungleichen Behandlung der Einkaufs- und Verkaufskommission bietet das Gesetz keine Handhabe.

II. Rechtsprechung. 1. OLG. **28** 384—386 (Cöln). Kommissions- oder Eigengeschäft? Die Eigenhändlerklausel hat nach der herrschenden Meinung keine andere Bedeutung als die des vorbehaltenen Selbsteintritts des Kommissionärs.

2. OLG. **28** 384 (Posen). Der Vertrag der Parteien stellt sich als diejenige Abart des Kommissionsgeschäfts dar, bei der der Kommissionär den Mehrerlös als Vergütung für seine Tätigkeit behalten soll. Diese Vertragsart wurde im früheren Rechte als Trödelvertrag bezeichnet Sie ist im BGB. nicht besonders geregelt; nach dem wirtschaftlichen Zwecke und dem Willen der Parteien sind auf sie die Vorschriften über die Verkaufskommission entsprechend anwendbar

§ 384. 1. **RG. 83** 201—206, JW. **14** 138. Auch der Geschäftsbesorger, der nicht im eigentlichen Kommissionsverhältnisse zu seinem Geschäftsherrn steht, kommt zu diesem in ein Vertrauensverhältnis auf Grund dessen er die Erledigung der von ihm übernommenen Geschäftsführung zugleich auch im Interesse des Geschäftsherrn zu bewirken hat.

2. OLG. **28** 386—388 (Hamburg). Es kann dahingestellt bleiben, ob das Verhältnis des Kommittenten zum Kommissionär als Werk- oder Dienstvertrag aufzufassen ist. Denn jedenfalls kann der Kommittent die einzelne Kommission nicht mehr widerrufen, sobald das kommittierte Geschäft abgeschlossen ist, auch wenn seine Abwicklung noch aussteht. Dies ist um so mehr der Fall, wenn der Kommittent die Ausführungsgeschäfte ausdrücklich genehmigt hat.

3. **RG.** BankA. **13** 259, HoldheimsMSchr. **14** 208 f. Der Kommittent kann sich nicht darauf berufen, daß die Anschaffungsgeschäfte des Kommissionärs unverbindliche Börsentermingeschäfte seien, wenn die Geschäfte unter den Parteien als Kassageschäfte behandelt worden sind.

§ 400. 1. Nußbaum, Kursschnitt und Kursregulierung beim Selbsteintritt, JW. **14** 15—19. Für die Beurteilung der Frage, ob ein Kommissionsverhältnis vorliegt, kommt es auf den materiellen Inhalt der Beziehungen zwischen Bankier und Kunden an, insbesondere auch darauf, ob sich der Bankier als Vertrauensmann des Kunden geriert hat. Der Regel nach wird daher durch den dem Kunden unverständlichen Ausdruck „Eigenhändler" die Anwendung der Normen über das Kommissionsverhältnis nicht ausgeschlossen werden können.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1730. Wenn alle Aufträge des Kommittenten auf den Abschluß von Kassageschäften gerichtet waren und der Kommissionär von dem ihm

nach § 400 HGB. zustehenden Recht zum Selbsteintritt Gebrauch gemacht hat, so kann sich der Kommittent nicht darauf berufen, daß die Anschaffungsgeschäfte des Kommissionärs unverbindliche Börsentermingeschäfte seien.

§ 401. Nußbaum, Kursschnitt und Kursregulierung beim Selbsteintritte, JW. **14** 15—19. Aus einer Abweichung zwischen dem Kurse des Ausführungsgeschäfts (Selbsteintritts und dem des Deckungsgeschäfts) darf keineswegs ohne weiteres auf einen Kursschnitt geschlossen werden.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§§ 407 ff. HansGZ. **14** Hptbl. 200 (Hamburg). Die Bedingungen des Vereins Hamburger Spediteure gelten in Hamburg nicht usancegemäß auch ohne Vereinbarung.

§ 407. 1. EisenbE. **30** 464, OLG. **28** 388 (Hamburg). Der Spediteur muß Frachtrabatte an seine Auftraggeber herausgeben.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 185. Nach der Gepflogenheit des Verkehrs braucht der Spediteur dem Versender in der Regel erst dann Nachricht zu geben, wenn die Ausführung des Transports ins Werk gesetzt ist.

§ 408. OLG. **28** 392 (Braunschweig) Der Spediteur hat nach § 408 die Versendung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen und das Interesse des Versenders wahrzunehmen. Das gilt auch für die Ratserteilung bei Abschluß eines Speditionsvertrags.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

§ 416. OLG. **28** 393 ff. (Braunschweig). Der Kläger fordert Schadensersatz, weil er der Beklagten, die ein Fuhr- und Speditionsgeschäft und daneben gewerbsmäßig Lagergeschäfte betreibt, Hafer eingelagert hat und dieser während der Lagerung durch Mäusefraß beschädigt wurde. Auf den Vertrag der Parteien finden die §§ 416 ff. Anwendung; daß die Beklagte das Lagergeschäft nur als Nebengeschäft betreibt, steht nicht entgegen (Staub § 416 Anm. 2). Der Kläger hat zur Begründung des Anspruchs zu beweisen, daß er den Hafer in unbeschädigtem Zustand eingelagert hat und daß er während der Lagerung beschädigt ist. Steht das fest, so hat die Beklagte darzutun, daß die Beschädigung ihre Ursache in Umständen hat, für die sie nicht verantwortlich ist (JW. **06** 814 Nr. 10, **01** 655 Nr. 15), daß sie also bei der Lagerung und Aufbewahrung des Hafers die Sorgfalt eines ordentlichen Lagerhalters angewandt hat. Hinsichtlich dieser Sorgfalt wird man bei Lage des Falles keine großen Ansprüche erheben dürfen. Beklagte ist nicht Getreidehändlerin und hat dem Kläger bald nach der Einlagerung mitgeteilt, daß der Hafer in den Säcken stehen bleiben müsse, da sie zum Ausschütten des Hafers keinen Platz habe. Wiederholt hat sie darauf aufmerksam gemacht, daß der Hafer durch das Lagern in den Säcken nicht besser werde und um baldige Verfügung über die Ware ersucht. Die Beklagte hat nun in ihrem Lagerraum, in welchem nur Mäuse in geringer Menge vorhanden sind, sechs Katzen gehalten und hat damit die Sorgfalt eines ordentlichen Lagerhalters beobachtet. Zu irgendwelcher Behandlung (Umschüttung) des Hafers war sie als Lagerhalterin nicht verpflichtet, ebensowenig mit Rücksicht auf ihren Platzmangel zu einem Auseinanderstellen der Säcke. Gift zu legen war, da die Katzen gehalten wurden, nicht angängig. Der Kläger, der das fortgesetzte Drängen der Beklagten, den Hafer von ihrem Lager wegzunehmen, unbeachtet gelassen hat, hat sich danach den entstandenen Schaden selbst zuzuschreiben.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

Literatur: Gorden, Erlöschen bei frankierten Sendungen die Ansprüche aus dem Frachtvertrage durch die Annahme des Gutes? EisenbE. **31** 1—6.

§ 426. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1334. Der von dem Absender ausgestellte Frachtbrief wird dadurch kein Ladeschein, daß der Frachtführer auf das Duplikat der Urkunde seinen Namen setzt.

2. B r e i t, LeipzZ. **14** 1110 ff. Wenn der Verkäufer einer Ware diese von der Verladestation mittels Frachtbriefs in der Art versendet, daß er, um den Namen des Empfängers nicht bekannt werden zu lassen, sich selbst als Empfänger benennt und den eigentlichen Empfänger der Bahn durch Sonderavis bezeichnet, so trägt er auch in diesem Falle gemäß § 447 BGB. die Transportgefahr.

§§ 429 ff. EisenbE. **30** 189 (Hamburg). Hat ein Frachtführer entgegen dem Auftrage das Frachtgut ohne Nachnahme dem Empfänger ausgehändigt, so ist er schadensersatzpflichtig, aber die Höhe des Schadens übersteigt nicht die Nachnahmesumme.

§ 429. 1. **RG.** R. **14** Nr. 520. Ungeeignete Behandlung eines selten vorkommenden Gutes (Flugzeug) enthält kein Verschulden, wenn der Versender nicht auf die besonderen Eigenschaften des Gutes hingewiesen hat.

2. OLG. **28** 394 ff. (Hamburg). Eine Überweisung zur Beförderung kann bei der Übernahme des Transports eines Hausstandes nicht in der speziellen Übergabe jedes einzelnen zum Hausstande gehörigen Gegenstandes bestehen. Der Hausstand als solcher bildet den Gegenstand des Transports und wird in seiner Gesamtheit, wie er sich in der Wohnung befindet, den Leuten des Übernehmers überlassen und von ihnen in seinen einzelnen Bestandteilen nach einer von ihrem Ermessen abhängigen Reihenfolge aus der Wohnung entfernt und in die Wagen verpackt. Spätestens mit dem Beginne des Abtransports der Hausstandsgegenstände an die Transportmittel hat demnach der Hausstand als für die Beförderung angenommen zu gelten.

3. A b s. 2. OLG. **28** 396 (Hamburg). Die Voraussetzungen des § 429 Abs. 2 liegen hier jedenfalls dann und insoweit nicht vor, als der Beklagten die einzelnen Transportgegenstände unverpackt angewiesen oder zur Verpackung übergeben und von ihr oder ihren hiermit beauftragten Leuten verpackt worden sind. Ein Gemälde, das als Bestandteil eines Hausstandes einem Möbeltransporteur angewiesen wird, stellt sich schon seiner äußeren Erscheinung nach als ein Kunstgegenstand im Sinne des § 429 Abs. 2 dar und bedarf stets, mag es einen besonders hohen oder einen geringeren Geldwert darstellen, der sorgsamsten Behandlung. Das ist einem jeden großstädtischen Möbeltransporteur bekannt und deshalb bedarf es eines besonderen Hinweises auf die Beschaffenheit eines Gemäldes als eines Kunstgegenstandes bei der Übergabe zur Beförderung nicht, auch keines Hinweises auf den Wert des speziellen Gemäldes. Will er eine Haftung für den Verlust (Beschädigung) derartiger Gegenstände nicht übernehmen, so muß er sie von vornherein von der Beförderung ausschließen oder aber auf einer Verpackung derselben bestehen, welche sie, wie das regelmäßig bei leicht zerbrechlichen Gegenständen geschieht, vor Verlust (Beschädigung) schützt.

§ 431. *E c k s t e i n, DJZ. **14** 1264. Die unbeschränkte Haftung entfällt ganz oder teilweise, wenn der Geschäftsherr durch Zwangslage (z. B. Kriegsnot) zur Verwendung ungeeigneterer Kräfte genötigt wird.

§ 438. **RG.** R. **14** Nr. 1902. Ist vereinbart, daß nach der Annahme der Güter durch den Empfänger wegen äußerlich erkennbarer Beschädigung Ansprüche nur geltend gemacht werden können, wenn vor der A n n a h m e der Zustand d e s G u t e s durch gerichtlich ernannte Sachverständige festgestellt ist, so liegt Annahme im Sinne dieser Bestimmung vor, wenn der Empfänger die Beschädigung zwar sofort gerügt und die Abnahme geweigert, aber die Güter, wenn auch nur, um sie einstweilen aufzubewahren, auf Lager genommen hat. Was in den Verfrachtungsbedingungen als A n n a h m e d e r G ü t e r durch den Empfänger und dann wieder als Ablieferung durch den Frachtführer bezeichnet wird, ist der tatsächliche Vorgang, mit welchem die vom Frachtführer übernommene Beförderung des Gutes ihren Abschluß erreicht, der Übergang der Güter aus dem Besitz des Frachtführers in den des Empfängers. Mit Annahme der gekauften Sache nach § 464 BGB. hat

der Vorgang — soweit er sich zwischen den Persönlichkeiten des Frachtführers und Empfängers als solchen abspielt — nichts gemein, und wollte man in der Entgegennahme der Güter durch den Empfänger auch eine Abnahme der Transportleistung im Sinne des § 640 BGB. erblicken, so ergeben doch die Rechtssätze vom Frachtgeschäft, an die sich die Verfrachtungsbedingungen anlehnen, daß hier ein Vorbehalt durch Erklärung des Empfängers, wie er im § 640 Abs. 2 BGB. erwähnt wird, eben nicht genügt.

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

Literatur: Eger, Über die Geltung des § 67 Abs. 2 der deutschen Eisenbahnverkehrsordnung, betr. die Wahl und Bestimmung des Beförderungsweges, für den internationalen Verkehr, EisenbE. **30** 414—420. — Sauter, Die Vertragshaftung für Eisenbahnunfälle, EisenbE. **31** 29 ff. u. 176 ff.

§ 454. **RG.** LeipzZ. **14** 291, EisenbE. **30** 381. Die Eisenbahn hat dem Empfänger des Frachtguts einen sicheren Zugang an den Ort der Auslieferung des Frachtguts kraft Vertrags zu gewähren.

§ 456. 1. SeuffA. **69** 279 (München). Nach dem Internat. Übereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr haftet die Bahn nicht für das Gewicht der Frachtgüter bei ihrer Auflieferung.

2. HansGZ. **14** Hptbl. 129 ff. (Hamburg). Bei einem Transport auf offenem Wagen ist die Bahn nach § 459 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 ihrer Haftung für den Schaden enthoben, welcher aus der mit dieser Beförderungsart verbundenen Gefahr entsteht, wobei vermutet wird, daß ein Schaden, welcher den Umständen nach aus dieser Gefahr entstehen konnte, aus ihr auch wirklich entstanden ist. Der Zusatz im § 86 Abs. 1 Nr. 1 EisenbVerkO., daß unter dem Schaden des Abs. 1 Nr. 1 des § 456 der Verlust ganzer Stücke nicht zu verstehen sei, interessiert hier nicht, da er auf die Vernichtung ganzer Stücke durch Feuer sich nicht bezieht (**RG. 70** 175). Hiernach hat die Bahn den ihr obliegenden Entlastungsbeweis geführt, wenn sie dartut, 1. daß die Voraussetzungen der Nr. 1 des § 459 vorgelegen haben, 2. daß der Schaden in concreto — das ist die Bedeutung der Worte „den Umständen nach" im Abs. 2 — aus der Gefahr des Transports im offenen Wagen entstanden sein kann. Dagegen liegt ihr der Beweis einer bestimmten Schadensursache nicht ob. Vielmehr ist es nach Führung der Beweise zu 1 und 2 durch die Bahn Sache des Ersatzfordernden, den Gegenbeweis zu führen, daß der Schaden nach den Umständen des Falles nicht aus dieser Ursache entstanden ist (Entkräftung der Vermutung des Abs. 2) oder daß die Eisenbahn ein Verschulden trifft (Abs. 3 des § 459).

3. SeuffA. **69** 328 (Hamburg). Vgl. unten zu § 97 EVO.

§ 459. **RG.** R. **14** Nr. 521. Verlust ganzer Stücke im Sinne von § 86 Eisenb. VerkO. liegt nicht schon dann vor, wenn durch die besondere Beförderungsgefahr das ganze Frachtstück zerstört ist; auch solchenfalls greift der Einwand der Bahn aus § 459 HGB. durch.

Eisenbahn-Verkehrsordnung.

§ 59. OLG. **28** 398 (Naumburg) über das vor Abschluß des Frachtvertrags zwischen dem Verlader und dem Eisenbahnfiskus bestehende Vertragsverhältnis. Wird ein Wagen bestellt, so gibt der Fiskus durch die Annahme und Erledigung eines solchen Ersuchens dem Besteller kund, daß er willens sei, den von diesem angebotenen Frachtvertrag abzuschließen, und daß er ihn zur Vorbereitung des Abschlusses gemäß § 59 EisenbVerkO. ermächtige, innerhalb seiner Bahnhofsanlagen den bereitgestellten Wagen zu beladen.

§ 60. **RG.** HansGZ. **14** Hptbl. 173 ff. Die Eisenbahn hat gegen den Empfänger von Kartoffeln dann Anspruch auf Bezahlung eines Frachtzuschlags in Höhe der doppelten Fracht, wenn der Absender im Frachtbriefe zu unrecht erklärt hatte, die Kartoffeln seien zur Verwendung im Inlande bestimmt. Denn die unrichtige Angabe über die künftige Verwendung der Kartoffeln ist als eine unrichtige Angabe des Inhalts der Sendung im Sinne des § 60 anzusehen. Dabei kommt es darauf, ob die anderweitige Verwendung von vornherein beabsichtigt war, nicht an; es genügt, daß die Sendung tatsächlich später anders verwandt wird. Die Tarifermäßigung wird gewährt für eine bestimmte Verwendung der Güter, hier für den Verbrauch der frischen Kartoffeln im Inlande. Ist es dem Absender darum zu tun, daß die Fracht sofort nach dem niedrigeren Satze berechnet wird, so muß er die Verwendung als solche im Frachtbriefe kenntlich machen, d. h. zusichern, daß das Gut in der begünstigten Art verwendet werden wird. Diesen Sinn hatten denn auch die Vermerke der Lieferanten des Beklagten, ob sie nun die Worte „zur Verwendung im Inland" oder das Wort „Notstandstarif" enthielten.

§ 61. SchlHolstAnz. **14** 63 (Kiel). Nach § 61 EisenbVerkO. ist der Frachtvertrag geschlossen, sobald die Abfertigungsstelle das Gut mit dem Frachtbriefe zur Beförderung angenommen hat. Daß diese Annahme des Gutes nicht eine körperliche Übergabe erfordert, sondern auch durch bloße Erklärungen mit Hinweis auf das bereitstehende Gut erfolgen kann, ergibt sich aus der Natur der Sache, kommt aber auch in dem zweiten Satze des § 61 EisenbVerkO. zum Ausdrucke, wonach als Zeichen der Annahme dem Frachtbriefe der Tagesstempel aufzudrücken ist. In keiner dieser Bestimmungen ist davon die Rede, daß die Gültigkeit des Frachtvertrags davon abhängig sei, daß der Verfrachter auch zur Verfügung über das Gut berechtigt sei, und es würde für die Bahnverwaltung mit Rücksicht auf die Ungewißheit, ob der Frachtvertrag rechtzeitig zustande gekommen ist, auch die bedenklichsten Folgen haben, wenn man diesen Standpunkt einnehmen würde.

§ 65. EisenbE. **30** 465 (Colmar). Hat der Absender das Gut richtig bezeichnet und ist infolge unrichtiger Behandlung durch das Zollamt für längere Lagerung Lagergeld entstanden, so hat er der Eisenbahn dafür nicht aufzukommen.

§ 67. Eger, EisenbE. **30** 414 ff. Im internationalen Verkehre kommen sowohl bei der Wahl des Transportwegs wie des Tarifs nur Art. 6 lit. e und l IÜ., nicht aber § 67 Abs. 2 EisenbVerkO. zur Anwendung.

§ 76. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 75. Der Eisenbahnfiskus ist vertraglich verpflichtet, den Empfängern von Gütern einen sicheren Zugang zu dem Orte zu gewähren, wo sie zum Zwecke der Empfangnahme der Güter die eingelösten Frachtbriefe vorzuzeigen haben. Der Fiskus ist daher schadensersatzpflichtig, wenn die Empfänger durch Vernachlässigung dieser Verpflichtung körperlich Schaden erlitten haben.

§ 81. OLG. Cöln, EisenbE. **30** 182 ff. bereits IDR. **12**.

§ 86. Ziff. 4. EisenbE. **31** 216 (KG.). 1. Der Propellerflügel eines Luftfahrzeugs gehört nicht zu den der besonderen Gefahr des Bruches ausgesetzten Gegenständen.

2. OLG. **28** 400 (Hamburg) über die Beschädigung lose verladener Briketts.

§§ 94, 95. EisenbE. **30** 379 (KG.). Ist die Lieferfrist innegehalten, so kann aus der bloßen Tatsache der Verzögerung des Transports innerhalb der Lieferfrist ein Verschulden der Eisenbahn nicht hergeleitet werden.

§ 95. EisenbE. **30** 386 (LG. I Berlin). Der Schaden aus außergewöhnlich starken und gewaltsamen Rangierstößen ist in der Regel voll zu ersetzen. Der Eisenbahnfrachtvertrag ist ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (vgl. Senkpiehl, Eisenbahntransportgeschäft 51). Der Beklagte mußte im vorliegenden Falle dartun, bei welcher Gelegenheit der Waggon, in dem

die Waren verladen waren, einen Stoß erhalten hat und aus welchem Grunde derselbe nicht vermieden werden konnte. Das hat der Beklagte aber nicht getan. Hiernach muß ein grobes Verschulden der Eisenbahn angenommen werden. Sie ist daher verpflichtet, der Klägerin den vollen Schaden zu ersetzen.

§ 97. Über das Erlöschen der Ansprüche gegen die Eisenbahn durch Zahlung der Fracht und Annahme des Frachtguts, wenn keine heimlichen Mängel vorliegen, SeuffA. **69** 328, OLG. **28** 398, HansGZ. **14** Hptbl. 119 (Hamburg).

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr.

Artt. 1 ff. EisenbE. **30** 465 (Colmar). Das Internationale Übereinkommen hat davon abgesehen, Tarife für den Frachtverkehr und für Nebenleistungen festzusetzen; es hat vielmehr im Art. 2 u. a. angeordnet, daß die Fracht nach den in den Vertragsstaaten zu Recht bestehenden, gehörig veröffentlichten Tarifen zu berechnen sei, und daß außer den tarifmäßigen Frachtsätzen und Vergütungen für besondere im Tarife vorgesehene Leistungen zugunsten der Eisenbahnen nur bare Auslagen erhoben werden dürfen. Der Zweck dieser Bestimmung war der, eine Gewähr dafür zu schaffen, daß die sog. internationalen Transporte zu denselben Bedingungen besorgt werden wie die internen; ferner sollte jederzeit durch Einsichtnahme in die Tarife feststellbar sein, was für die einzelne Sendung an Fracht und Nebengebühren zu zahlen sei. Dieser Zweck und der Wortlaut der Vorschrift schließen die Annahme aus, daß die Bahnverwaltungen berechtigt sein sollten, nach Belieben die Fälle zu bestimmen, in denen eine Vergütung für eine besondere Leistung geschuldet sei, wenn für die Art der jeweiligen besonderen Leistung im allgemeinen ein Satz in dem Tarif enthalten ist.

Artt. 18, 30. LeipzZ. **14** 100 ff. (Colmar). Eine Überschwemmung, die Teile der Bahn derart unter Wasser setzt, daß der Eisenbahnverkehr notwendigerweise schwere Störungen erleidet, befreit die Bahn von der Schadensersatzpflicht wegen Versäumung der Lieferfrist. Bei Verhinderung der Fortsetzung des Gütertransports infolge der Überschwemmung ist die Eisenbahn verpflichtet, die Absenderin unverzüglich von der Sachlage zu unterrichten und ihre anderweite Disposition über das Gut einzuholen. Die Verkäuferin hätte alsdann die Zurücksendung der Ware oder deren Verwertung an Ort und Stelle in die Wege leiten und sich auf diese Art vor Schaden sichern können. Die Eisenbahn hat dies jedoch verabsäumt, den Kesselwagen einfach angehalten und bis zum 17. Oktober mit seiner Umleitung auf die linksseitige Parallelstrecke gewartet. Die Kammer für Handelssachen zu Metz hält nun dafür, daß dieser zehntägige Stillstand des Kesselwagens für sich allein ausreichend gewesen ist, um für den Verderb der Trauben ursächlich zu werden.

Art. 27. Über die Voraussetzungen der Haftung der Eisenbahn aus dem Internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vgl. OLG. **28** 401 ff. (KG.). Ein internationaler Frachtvertrag kann nicht ohne Frachtbrief entstehen, deshalb auch nicht eine Haftung aus dem internationalen Frachtvertrage nach Art. 27 (vgl. Eger, Art. 30 Ziff. 159, Art. 8 Ziff. 57).

Art. 41. EisenbE. **30** 379 ff. (KG.). Art. 41 IntÜb. stellt nicht etwa einen neuen besonderen Fall der Haftung auf, sondern erweitert nur die gewöhnliche Haftung der Eisenbahn bei Vorliegen von Arglist und grober Fahrlässigkeit für die in den Artt. 30 ff. aufgestellten Fälle, besagt also, daß in allen Fällen der Artt. 30 ff., aber auch nur in diesen, eine verschärfte Haftung eintrete, sofern nur der Eisenbahn Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last falle. Die Annahme, daß sich Art. 41 IntÜb. nur auf Schäden aus der Lieferfrist beziehe, wird durch die Stellung des Art. 41, der sich unmittelbar an die Artt. 30 ff., die die genannten Fälle der Haftung enthalten, anschließt, nahegelegt. Sie wird ferner durch die Entstehungsgeschichte des Art. 41

unterstützt. In der Literatur ist übrigens die Frage der Stellung des Art. 41 zu den Artt. 30 ff. eingehend erörtert worden. Im Gegensatze zu Eger und Ritter, nach deren Ansicht Art. 41 nicht auf den Vertragsschaden gemäß Artt. 30 ff. zu beschränken ist, sondern weitergehend allen Schaden umfaßt, der überhaupt auf dem internationalen Transporte durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn entsteht, stehen Gerstner, Nehse, Blume u. a. auf dem Standpunkte, daß Art. 41 sich nur auf die Höhe des für Verlust, Minderung, Beschädigung, Lieferfristüberschreitung zu leistenden Schadensersatzes bezieht. Dieser Auffassung ist beizutreten. Demnach ist die Haftung der Eisenbahn folgendermaßen bestimmt: Im Falle der Versäumung der Lieferfrist haftet die Eisenbahn nach Artt. 30 und 40 IntÜb., d. h. die Haftung ist nach Art. 40 Abs. 2 grundsätzlich beschränkt. Liegt dagegen eine Überschreitung der Lieferfrist infolge Arglist oder grober Fahrlässigkeit vor, so haftet die Eisenbahn gemäß Art. 41 für den vollen Schaden. Im Falle der Einhaltung der Lieferfrist haftet die Eisenbahn nur nach Maßgabe der Artt. 30 ff. auf Ersatz des Handelswerts bzw. des Minderwerts und im Falle von Arglist und grober Fahrlässigkeit nach Art. 41 auf Ersatz des vollen Schadens, d. h. sie haftet dann, wenn durch die Art der Ausführung des Transports ein Schaden erwachsen ist, mit der Maßgabe jedoch, daß eine Haftung nicht besteht, wenn die berügte Ausführung bei Einhaltung der Lieferfrist in der Verzögerung des Transports liegt.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Das Berichtsjahr hat für das private Seerecht eine besondere Anregung nicht gebracht. Der Krieg wird seinen Einfluß auf die Rechtsprechung der höheren Gerichte erst im nächsten Jahre zeigen. Die Störung der internationalen Beziehungen dürfte die im Flusse befindlichen Vereinheitlichungsbestrebungen für lange Jahre vernichtet haben.

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

Literatur: Leo, Die internationalen Verhandlungen über die Reederhaftung nach ihrem jetzigen Stande, LeipzZ. 14 1161 ff.

§§ 485, 486, 735. HansGZ. **14** Hptbl. 295 ff., LeipzZ. **14** 1818 ff. (Hamburg). Eine Docksektion, selbst wenn sie behufs Veränderung ihres Liegeplatzes auf dem Wasser geschleppt werden kann, ist kein Schiff. Ihr Eigentümer ist daher weder Reeder noch ein diesem nach Art. 7 EGHGB. gleichstehender Schiffseigentümer. Von einer Reederhaftung nach §§ 485, 486, 735 ist somit keine Rede.

§ 487. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 130 (Hamburg). Zu den Forderungen aus Dienst- und Heuerverträgen gehören nicht Ansprüche, die auf besonderen Rechtstiteln beruhen, wie diejenigen des Kapitäns auf Grund verauslagter Beköstigung der Mannschaft. Hierfür wird nur persönlich gehaftet; ein Schiffsgläubigerrecht aus § 754 Nr. 3 besteht nicht.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 559. 1. **RG.** EisenbE. **31** 103, DJZ. **14** 629, R. **14** Nr. 820. Es kann nicht die Anforderung gestellt werden, daß von allem Notwendigen, Zubehör, Instrumenten, Karten usw., stets das denkbar Beste und Neueste sich an Bord befinde; es muß genügen, daß das Notwendige vorhanden ist und sich in einem Zustande befindet, der eine sichere Navigierung ermöglicht.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 860, HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 52. Das Urteil bestätigt die JDR. **12** 572 zu § 559 unter Nr. 2 abgedr. Entsch. des HansOLG.

§ 567. HansGZ. **14** Hptbl. 82 (Hamburg). Zwar bildet eine tatsächlich vorhandene Ladebereitschaft die Voraussetzung für die Wirksamkeit der Bereitschaftanzeige, und wenn daher aus Gründen, die nicht in der Person oder in den Ver-

hältnissen des Abladers liegen, das Schiff überhaupt in dem stipulierten Abladehafen, z. B. wegen Überfüllung des gesamten Hafengebiets, keine Ladung erhalten kann, so würde hierdurch die Ladebereitschaft ausgeschlossen sein und, solange dieser Zustand andauert, keine wirksame Bereitschaftsanzeige ergehen können. Wenn aber der Befrachter dem Schiffer eine zeitweilig besetzte Ladestelle anweist, obgleich es möglich ist, die Ladung an einer anderen freien Stelle des Hafengebiets dem Schiffe zuzuführen, so wird hierdurch der Beginn der Ladezeit nicht hinausgeschoben.

§ 578. HansGZ. **14** Hptbl. 158 (Hamburg). Ein Schiff hat dann eine volle und bequeme Ladung erhalten, wenn es die bedungene Ware in der am Abladeort üblichen Beschaffenheit, insbesondere in ortsüblichen Abmessungen, in solcher Menge empfangen hat, daß es weitere Ware dieser Art nicht aufzunehmen vermag.

§ 595. HansGZ. **14** Hptbl. 121 (Hamburg). Ist vereinbart „that the goods to be discharged as fast as steamer can deliver during the ordinary working hours of the port", so unterliegt es der Bestimmung des Schiffes, zu entscheiden, wieviel es entlöschen will und auch in welcher Weise, im besonderen, ob nach einer Seite oder nach beiden Seiten entlöscht werden soll. Doch hat bei etwaigen Änderungen in der Entlöschungsart das Schiff auf die Interessen des Empfängers billige Rücksicht zu nehmen, insbesondere ihm rechtzeitig Mitteilung zu machen. Der Empfänger kann nicht verlangen, daß ihm das Schiff durch besondere Maßnahmen, wie Nachtarbeit, behilflich ist, frühere Zeitverluste bei der Entlöschung wieder einzuholen.

§ 606. 1. Freizeichnungen. HansGZ. **14** Hptbl. 48, Hansa **14** 486 (Hamburg). Freizeichnung von Beschädigung und Verlust für den Fall unrichtiger Deklaration des Gutes.

2. HansGZ. **14** Hptbl. 15 (Hamburg). a) Die Freizeichnung von der Verantwortlichkeit für die Folgen von collisions, stranding and other accidents of navigation of whatsoever kind schützt den Reeder nicht vor einer Inanspruchnahme wegen Beschädigung durch andere in dem Schiffe verstaute Güter, solange nicht erwiesen ist, daß die Beschädigung durch ein bestimmtes Schifffahrtsereignis verursacht worden ist. b) Die Freizeichnung von dem risk of craft or transhipment schließt die Haftung für einen dem Gute infolge seiner Verstauung mit anderen Gütern durch diese zugefügten Schaden nicht aus.

3. Freizeichnung von jedem versicherbaren Schaden (sog. Insuranceklausel: vgl. IDR. **12** 574 ff.). LeipzZ. **14** 1517, HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 81 (LG. Hamburg). Versicherbar ist ein Schaden oder ein Risiko nicht schon, wenn es möglich ist, eine Versicherung darauf zu nehmen, sondern erst dann, wenn die Versicherung üblicherweise von dem Versicherer übernommen wird. . . . Der Erwerber eines Konnossements mit der Insuranceklausel kann annehmen, daß der Reeder in den Fällen nicht haften wolle, in denen er den Schaden, wenn der Empfänger wie gewöhnlich versichert ist, in Wahrheit nicht diesem selbst, sondern seinem Versicherer zu ersetzen hat, und daß er dann auch in solchen Fällen nicht haften wolle, in denen der Empfänger ausnahmsweise wegen eines besonderen Geschäftsgebrauchs des betreffenden Handelszweigs oder aus anderen Gründen keine Versicherung genommen hat. Er braucht nicht anzunehmen, daß der Reeder schon dann nicht haften wolle, wenn es möglich gewesen wäre, irgendeinen Versicherer zu finden, der das Risiko gegen irgendeine Prämie übernommen hätte. ➞ Die stark einschränkende Auslegung der Klausel ist künstlich und von der Abneigung gegen weitgehende Freizeichnung diktiert. Der Reeder will durch die Klausel den Ladungsbeteiligten zwingen, sich, soweit dies möglich ist, zu versichern, anstatt die Haftung ex recepto geltend zu machen. Die Versicherungsmöglichkeit, deren Begriff

freilich nicht überspannt werden darf, ist das allein Maßgebende, nicht die Versicherungsüblichkeit. Red. ◀

4. SeuffA. **69** 280, HansGZ. **14** Hptbl. 95 (Hamburg). Hat der Reeder nach dem Konnossemente für Verlust oder Beschädigung eines Gutes nur dann zu haften, wenn ihm oder einer Person der Schiffsbesatzung ein Verschulden nachgewiesen ist, so entbindet ihn das nicht von der Pflicht der Darlegung, wie es kommt, daß er diese Güter am Bestimmungsorte gehörig abzuliefern nicht in der Lage ist. ▶ Vgl. Schaps 431. Red. ◀

§ 617. HansGZ. **14** Hptbl. 56 (Hamburg). Die Vereinbarung, daß die Fracht vom Augenblicke der Verschiffung an als vom Reeder verdient gilt und aus keinem Grunde zurückgefordert werden kann, gilt nicht ohne weiteres auch für eine „konditionelle Zuschlagsfracht“: vielmehr ist dem Charakter des Zuschlags zu entnehmen, ob er in dieser Beziehung ebenso zu behandeln ist wie die Hauptfracht. Ist z. B. der Zuschlag mit Rücksicht auf besondere Löschungskosten vereinbart und ist es wegen Unterganges des Gutes gar nicht zu einer Löschung gekommen, so wäre die Nichtrückzahlung des Zuschlags sinnlos.

§ 623. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 263 (Hamburg). Die Abstempelung des Konnossements enthält keinen Verzicht auf das dem Reeder zustehende Pfandrecht am Gute.

§ 635. 1. HansGZ. **14** Hptbl. 10 (Hamburg), R. **14** Nr. 118, EisenbE. **30** 495 (Hamburg). Das Liegenbleiben des Schiffes ist nicht (im Rechtssinne) verursacht durch eines der im § 629 erwähnten Ereignisse (hier: Dardanellensperre), wenn dieses Ereignis bereits vor Antritt der Reise eingetreten ist. Dann ist als Ursache des Liegenbleibens nur der Entschluß des Kapitäns, die Reise trotz des Ereignisses anzutreten, anzusehen. Daher ist für die Anwendung des § 635 kein Raum.

2. HansGZ. **14** Hptbl. 246 (Hamburg). § 635 ist jedenfalls dann anzuwenden, wenn das Schiff schon Ladung empfangen hatte, als der Schiffer Kenntnis von dem Hindernis erhielt.

§ 641. Leo, BankA. **14** 96. Die Abweichungen des § 641 beruhen wesentlich darauf, daß die unveränderte Anwendung der §§ 628—640 zu unangemessenen Ergebnissen führen würde, wenn sie für jede einzelne, vielleicht geringfügige Stückgutladung auch dann anwendbar wären, wenn die übrige Ladung nicht von dem Zufalle betroffen wäre. Unter „Teil der Ladung“ im Sinne von § 636 ist hier nicht das ganze Stückgut des einzelnen Befrachters, sondern ein Teil desselben zu verstehen.

§ 642. 1. Leo, Über die Einwirkungen des Krieges auf die Rechtsbeziehungen des am Seehandel beteiligten Bankiers, BankA. **14** 91 ff. Eine Beteiligung des deutschen Bankiers am Seehandel kann zunächst stattfinden, insofern er einer der beiden Vertragsparteien unterstützend oder finanzierend zur Seite tritt. Für den Verkäufer wird er in der Weise tätig, daß er es übernimmt, dem Käufer das Konnossement über die verladene Ware anzubieten und den Preis einzuziehen. Die Sache kann dann so liegen, daß er selbst Vorschuß gegeben hat, wofür ihm das Konnossement verpfändet sein kann, er kann auch lediglich Einziehungsbevollmächtigter des Verkäufers sein; in vielen Fällen endlich ist er Beauftragter eines Bankhauses im Ausfuhrlande, das seinerseits die Ware bevorschußt hat. In allen diesen Fällen kann es sich ebensowohl um überseeische Einfuhr nach Deutschland wie um Ausfuhr von Deutschland nach überseeischen Ländern handeln; im Einfuhrhandel bietet der Bankier dem inländischen Käufer die Dokumente gegen Zahlung an, im Ausfuhrhandel erhält er sie vom deutschen Verkäufer und wickelt die Angelegenheit mit dem überseeischen Käufer ab. — Ein weiterer typischer Fall ist der, daß der Bankier das Geschäft auf seiten des Käufers finanziert; er gibt diesem „Rembourskredit“; der Verkäufer zieht auf ihn, er akzeptiert die Tratte und gegen dieses Akzept liefert der Verkäufer oder seine Bank die Dokumente aus, entweder dem

Käufer unmittelbar oder dem Bankier, dem sie, je nach seinem Vertragsverhältnisse zum Käufer, verpfändet sein mögen oder nicht. Hier steht wesentlich der deutsche Einfuhrhandel in Frage.

2. Wüstendörfer, GoldschmidtsZ. **76** 302. Bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Zeichnung von Konnossementen über nicht verladene Güter kommt § 278 BGB. analog, und bei Konnossementszeichnung durch den Kapitän § 485 HGB. unmittelbar zur Anwendung.

§ 647. Flechtheim, Der Kauf gegen Konnossement und der Krieg, LeipzZ. **14** 1731. Die dingliche Wirkung der Übergabe des Konnossements tritt nur dann ein, wenn die Ware sich noch zur Zeit der Übergabe in den Händen des Schiffers befindet: ein Konnossement über Ware, die dem Besitz und der Verfügungsgewalt des Schiffers entzogen ist, vertritt nicht mehr die Ware selbst.

§ 651. 1. HansGZ. **14** Hptbl. 188 (Hamburg). Wenn nach dem Konnossement die Bestimmungen der Chartepartie beobachtet werden sollen, so können damit nur solche Bestimmungen gemeint sein, die ohne weiteres, nicht nur entsprechend, anwendbar sind. Sicher ist von einer entsprechenden Anwendung dann abzusehen, wenn die betreffende Bestimmung naturgemäß nur für das Verhältnis zwischen den Vertragsteilen der Chartepartie gedacht und geeignet ist. Dies ist anzunehmen für die Klausel „any dispute arising during the execution of this charterparty to be settled by the Belgian courts or by arbitration in Antwerp, at charterer's option".

2. **RG.** HansGZ. **14** Hptbl. 305, LeipzZ. **14** 1761. Durch die Verweisung auf die Chartepartie wird keineswegs der ganze Inhalt derselben zum Inhalte des Konnossements gemacht. Es ist zu unterscheiden zwischen den einzelnen Vertragsbestimmungen und danach, ob sie nach Gegenstand und Inhalt auch im Rechtsverhältnisse zu dem Empfänger als anwendbar zu erachten sind, oder nicht vielmehr so ausschließlich für das Rechtsverhältnis zwischen Befrachter und Verfrachter gedacht erscheinen, daß sie mit jener Verweisung auf die Chartepartie nicht mitgemeint sein können.

3. LeipzZ. **14** 1630 (Hamburg). Zurückbehaltung des Gutes dem Auslieferungsanspruche des Empfängers gegenüber ist zulässig, wenn sich der Gegenanspruch auf das Konnossement bzw. den darin in Bezug genommenen Frachtvertrag stützt, oder wenn ein Fall von § 273 BGB. oder § 369 HGB. gegeben ist.

Zusatz zu **§ 651.** Durchkonnossement. 1. HansGZ. **14** Hptbl. 14 (Hamburg). Ein Durchkonnossement liegt vor, wenn die Beförderung des Gutes an seinen im Konnossement angegebenen Bestimmungsort, nach Beendigung des Transports auf einer Teilstrecke durch den ursprünglichen Transportübernehmer, auf einer oder mehreren anderen Teilstrecken durch einen oder mehrere andere Transportübernehmer beschafft werden soll. Dagegen liegt ein einfaches Konnossement vor über die Beförderung des Gutes von seinem Abladeorte bis an seinen Bestimmungsort durch den Aussteller des Konnossements, wenn dieser sich lediglich vorbehält, das Gut auf seine Kosten an den Bestimmungsort zu befördern oder befördern zu lassen, wenn das im Konnossement angeführte Schiff nicht im Bestimmungsort entlöscht werden soll. Tritt dieser Fall ein, so haftet aus diesem Konnossemente nicht derjenige Reeder, der auf Grund Vertrags mit dem ursprünglichen Verfrachter das Gut an dessen Vertreter am Bestimmungsorte befördert.

2. Boyens, GoldschmidtsZ. **75** 350 ff. a) Der Durchverfrachter muß trotz aller Befreiungsklauseln bei der Weiterbeförderung mindestens die Pflichten eines Spediteurs behalten. Er hat wie ein Spediteur seine Rechte gegen den weiterbefördernden Teilreeder abzutreten und muß, bis dies geschieht, diese Rechte wahren, z. B. durch rechtzeitige Feststellung der Schäden gemäß § 608 HGB. Es wird ferner

aus diesem Grundsatz abzuleiten sein, daß der Durchverfrachter bei der Weitergabe des Gutes an den Teilreeder sich von diesem eine Bescheinigung (Quittung) darüber geben lassen muß, daß das Gut noch in unbeschädigtem Zustande sich befindet, sei es in dem Lokalkonnossement oder besonders. Diese Bescheinigung muß er dem Empfänger ausliefern, um ihn in den Stand zu setzen, den Teilreeder wegen eines im Endhafen festgestellten Schadens in Anspruch nehmen zu können. Kann er eine solche Bescheinigung nicht erlangen oder versäumt er deren Erlangung, so wird er trotz der Befreiungsklausel wegen des Schadens haften, wenn dadurch dem Empfänger der Beweis gegenüber dem Teilreeder, daß der Schaden auf dessen Strecke entstanden ist, verkümmert wird. Endlich ist der Durchverfrachter nicht bloß berechtigt, sondern verpflichtet, bei der Übernahme des Gutes von einem früheren Beförderer dessen Zustand feststellen zu lassen, andernfalls gegen ihn feststehen würde, daß er das Gut unbeschädigt empfangen hat.

3. Beitragspflicht der Durchfracht in großer Haverei? S. zu § 721.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

§§ 700, 706 Nr. 7, **716.** Ritter, ABürgR. **40** 406 ff. Für die Kosten der Haveriegrossedispache sind im allgemeinen Zinsen und Provision nicht in Ansatz zu bringen. Indessen gehören diese Kosten zur großen Haverei im Falle des § 706 Nr. 7 und, da diese Vorschrift nur einen Fall der Anwendung des im § 700 ausgesprochenen Grundsatzes bildet, auch wenn es sich um Folgen der im § 700 genannten Kosten handelt. Das gleiche gilt für das Binnenschiffahrtsrecht.

§ 721. Zur Streitfrage, ob im Falle der Verladung eines Gutes auf Durchkonnossement die Durchfracht oder die Fracht des betreffenden Reiseabschnitts zur großen Haverei beizutragen hat (JDR. **10** 681), sprechen sich gegen Schilling (JDR. **12** 580) weiter aus: 1. Ritter, ABürgR. **40** 396 ff. Der Leitsatz, daß, was im Risiko sei, auch bei der Havariegrosseverteilung berücksicht werden müsse, existiere nicht. Es sei dem Gesetze nicht so sehr um die Frachtforderung zu tun als um die „Fracht", die „Frachtgelder", den Frachtbetrag. Die in Schiff, Fracht und Ladung steckenden Werte seien es, die für das Gesetz in Betracht kämen, und zwar in erster Linie als Maßstäbe oder Zahlen, als rechnerische Grundlage für das Umlageverfahren. Das einzige, was interessiere, seien diese Maßstäbe: die dahinterliegenden Rechtsbeziehungen gingen die Havariegrossebeteiligten nichts an.

2. Boyens, GoldschmidtsZ. **75** 553 ff. „Fracht" im Sinne der großen Haverei ist nur diejenige, welche dieses Schiff durch seine Transportleistung erwirbt, und sie ist nur zu zwei Dritteln beitragspflichtig, weil sie eben durch Leistung erst erworben werden muß. Ist der Anspruch auf die Vorfracht noch abhängig von dem glücklichen Ausgange der Weiterreise, so wird sie dadurch nicht Fracht der letzteren, sondern sie stellt sich dar als ein ähnliches Risiko wie die Bodmerei, ist wie diese durch Pfandrecht am Gute geschützt (§§ 614, 624, 777 HGB.), das bis zur Auslieferung des Gutes besteht. Das Gut war um diese Vorfracht schon durch die Reise bis zum Umladungsorte wertvoller geworden. Mit diesem vermehrten Werte wurde es dort in das zweite Schiff eingeladen. Deshalb kann in großer Haverei des letzteren bei Berechnung des Ladungswerts nicht wieder diese Vorfracht, sondern nur die Weiterfracht abgezogen werden. Die Ladung trägt daher bei mit dem in ihr ruhenden Wert der Vorfracht und empfängt Vergütung an Aufopferung auch nach Maßgabe dieses Wertes, ist aber andererseits pfandrechtlich belastet mit der Vorfracht, was ihre Rechte und Pflichten ebensowenig ändert wie eine Belastung mit Bodmerei oder einer anderen rein dinglichen Schuld. Hätte sich die Haverei auf dem ersten Reiseabschnitt ereignet, so wäre bei der Dispache als Fracht ebenfalls nur

der Teil der Gesamtfracht, der als Recht dieses Abschnitts (Vorfracht) anzusehen ist, zu berechnen. Aber da auch dieser Teil der Fracht noch abhängig ist von der glücklichen Ankunft im Endhafen, so wird eine Assekuranzprämie, mit der dieses Risiko zu versichern ist, abzuziehen sein. Man kann ferner dem Umstand, daß der Befrachter die Ware nicht im Umladungshafen, sondern im Endhafen verwerten will, dadurch Rechnung tragen, daß man in der Dispache als Wert des Gutes nicht den Marktwert im Umladungshafen, sondern den Wert, den die Ware dort für ihn als eine weiter zu exportierende hat, einsetzt. Diese Berechnung erscheint nach § 719 HGB. zulässig.

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

Literatur: Baumgärtel, Internationales Privatrecht bei Schiffszusammenstößen, JW. **14** 613 ff. — Pappenheim, Zur Frage nach dem Geltungsbereiche der internationalen Übereinkommen und der neuen Vorschriften des deutschen Handelsgesetzbuchs über den Zusammenstoß von Schiffen und Rettung aus Seenot, LeipzZ. **14** 426 ff. — Sienknecht, Das Brüsseler Übereinkommen von 1910 über den Zusammenstoß von Schiffen, sein Verhältnis zum geltenden Rechte und seine internationale Bedeutung.

§§ 734 ff. und Internationales Übereinkommen 1. Pappenheim 429 ff. Da das Internationale Übereinkommen dem Art. 7 EGHGB. gegenüber sich als das jüngere Gesetz darstellt, so ist letzterem durch ersteres jedenfalls insoweit derogiert worden, als auf ihn Ansprüche gegen die an Zusammenstößen schuldigen Staatsschiffe nichtdeutscher Vertragsstaaten gegründet werden könnten. Es wird aber weitergehend anzunehmen sein, daß innerhalb des Geltungsbereichs des Übereinkommens auch gegen das Deutsche Reich und die deutschen Bundesstaaten Ansprüche aus Art. 7 nicht mehr Platz greifen. Außerhalb des Geltungsbereichs des Übereinkommens besteht Art. 7 EG. fort, auch im Verhältnisse zu Schiffen von Nichtvertragsstaaten.

2. *Baumgärtel aaO. 613 ff. Bei Zusammenstößen von Schiffen verschiedener Flagge in deutschen Gewässern haben deutsche Gerichte deutsches Recht anzuwenden, auch wenn die kollidierenden fremden Schiffe der gleichen Flagge angehören (**RG. 21** 136 ff.). Das gleiche gilt, wenn ein deutscher Reeder wegen einer Kollision in ausländischen Gewässern oder auf hoher See vor deutschen Gerichten verklagt wird (**RG. 19** 7 ff.). Dagegen gilt das Recht des Tatorts für Zusammenstöße von Schiffen fremder Flagge in ausländischen Gewässern. Abweichend erklärt sich auch hier bei Klagen vor deutschen Gerichten für Anwendung deutschen Rechtes **RG. 29** 93. Das Recht der Flagge gilt nur bei Zusammenstößen von Schiffen der gleichen fremden Flagge auf hoher See, oder wenn bei Verschiedenheit der Flagge die betr. Staaten ein gleichlautendes Seerecht haben, z. B. Dänemark und Norwegen (**RG. 49** 182 ff.). Andernfalls gilt das Recht des Gerichtsstandes (JW. **02** 635 Nr. 16). Vgl. auch Art. 12 EGBGB. und das Int. Übereink.

§ 735. 1. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 65, LeipzZ. **14** 1058, EisenbE. **31** 121 (Hamburg). Im Falle der Beschädigung eines vercharterten Schiffes durch einen Zusammenstoß ist der Charterer gegenüber dem Reeder des schuldigen Gegenschiffs nicht schadensersatzberechtigt, da er an der gefährdeten Sache nur indirekt interessiert ist. Für ihn kann der Zusammenstoß nur insofern Wirkung äußern, als dadurch seine obligatorischen Rechte gegenüber dem Eigner des gecharterten Schiffes berührt sind. Diese seine nur obligatorische Beziehung zum Schiffe muß ihn aus dem Kreise der Personen ausscheiden, die die SeeStrO. zu schützen berufen ist.

2. EisenbE. **30** 533 (Hamburg). Die Auflegung einer Exkulpationspflicht für das Schiff, das ein vor Anker liegendes Schiff angerannt hat, würde zur Voraussetzung haben, daß das letztere nicht an verbotener Stelle im Fahrwasser gelegen hat. Dies hat das angerannte Schiff zu beweisen. S. JDR. **7** 695.

§ 737. 1. **RG** Hansa **14** 946, JW. **14** 1082, R. **14** Nr. 3036, 2978. Wenn auch § 740 a. F. (➔ soll heißen 738: Red. ←) HGB. an sich nur das Verhältnis zu dem kollidierenden Schiffe und den beteiligten Ladungsinteressenten betrifft, so ist doch anerkannt, daß er der Ausdruck eines allgemeinen Gedankens ist, wonach der Zwangslotse überall nicht zu dem Kreise der Personen zählt, deren Verschulden der Reeder zu vertreten hat. Geht man daher davon aus, daß im Rahmen des § 254 BGB. auch der § 831 entsprechend anzuwenden ist, in den Rechtsverhältnissen des Seerechts also auch der § 485, so würde doch dem Schädiger die Berufung auf ein Mitverschulden des Beschädigten dann versagt sein, wenn es sich um einen Zwangslotsen gehandelt hat.

2. SchlHolstAnz. **14** 125 (Kiel). Der Reeder eines Schaden verursachenden Schiffes kann sich auf den Lotsenzwang nicht berufen, wenn die maßgebende Behörde für das betreffende Gebiet auf die Ausübung dieses Zwangsrechts verzichtet hat. Dagegen **RG.** R. **14** Nr. 3034. Die Anordnung des Lotsenzwanges ist eine polizeiliche Maßregel, auf welche rein privatrechtliche Gesichtspunkte nicht anwendbar sind. Es mag sein, daß die zuständige Behörde von einer Durchführung des Lotsenzwanges im einzelnen Fall oder in gewisser Beziehung Abstand nehmen kann. Aber von einem „Verzicht" der Behörde auf ihr „Recht", vollends von einem Verzicht, dessen Wirksamkeit davon abhinge, daß der Schiffer ihn annimmt, kann keine Rede sein.

3. SeuffA. **68** 450, EisenbE. **30** 334 (Stettin). Der beamtete Zwangslotse übernimmt Führung und Kommando des Schiffes kraft des ihm übertragenen Amtes und in dessen durch das öffentliche Interesse bedingter Ausübung. Er leistet nicht private Dienste, sondern handelt in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt. Ein vertragliches oder vertragsähnliches Verhältnis ist weder zwischen ihm und dem Reeder des Schiffes noch zwischen diesem und dem preußischen Staate vorhanden. Somit haftet der Staat nicht auf Grund von § 278 BGB. ➔ aber auf Grund des PrG. vom 1. August 1909: vgl. JDR. **12** 582. Red. ← Der Zwangslotse haftet, falls durch sein Verschulden das Schiff beschädigt ist, allein gemäß §§ 839, 823 BGB.

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfsleistung in Seenot.

Literatur: Pappenheim, Zur Frage nach dem Geltungsbereiche der internationalen Übereinkommen und der neuen Vorschriften des deutschen Handelsgesetzbuchs über den Zusammenstoß von Schiffen und Rettung aus Seenot, LeipzZ. **14** 426 ff.

§§ 740 ff. und Internationales Übereinkommen. Pappenheim 430 ff. 1. Das Internationale Übereinkommen findet nach seinem Art. 14 auf Kriegsschiffe und ausschließlich zum öffentlichen Dienste bestimmte Staatsschiffe keine Anwendung. Das muß nach der allgemeinen Fassung ebenso gelten, wenn die Rettungshandlung von Schiffen dieser Art, wie wenn sie zugunsten solcher Schiffe vorgenommen wird. 2. Die Anwendbarkeit der internationalen Vorschriften auf Seeschiffe und auf Binnenschiffe ist an ungleiche Voraussetzungen geknüpft. Für das Seeschiff macht es in dieser Beziehung nichts aus, von wem ihm die Rettungsdienste geleistet werden: namentlich kann dies durch ein Schiff oder etwa vom Lande aus und ersterenfalls durch ein anderes Seeschiff oder durch ein Binnenschiff geschehen. Den Binnenschiffen dagegen müssen die Rettungsdienste von Seeschiffen geleistet sein, wenn die internationalen Bestimmungen Anwendung finden sollen. 3. Für die Rettung aus Seenot fehlt es an einer dem Art. 7 EGHGB. entsprechenden Vorschrift, durch welche die für Kauffahrteischiffe getroffenen Bestimmungen für anwendbar auf andere Seeschiffe erklärt werden. Von der in ihrer Tragweite streitigen und nicht unzweifelhaften Vorschrift des § 26 FlaggenG. abgesehen, kann jedenfalls die Anwendung der §§ 740 ff. HGB. auf

Nichtkauffahrteischiffe nur im Wege der Analogie erfolgen, die aber nicht ohne Schwierigkeit und Unsicherheit im einzelnen möglich ist. Ohne sie bleibt das Recht des HGB. hinter dem sich nicht bloß auf Kauffahrteischiffe beziehenden Internationalen Übereinkommen zurück.

§ 740. 1. HansGZ. **14** Hptbl. 208, EisenbE. **30** 531 (Hamburg). Eine Hilfsleistung kann auch vorliegen, wenn ein in Seenot befindliches Schiff auf hoher See ein anderes Schiff zur Begleitung angenommen hat. Unmittelbarkeit der Gefahr ist für die Seenot nicht erforderlich. Bestätigt vom **RG.** R. **15** Nr. 97.

2. EisenbE. **30** 384 (Hamburg). Es ist nicht erforderlich, daß alle rettenden Fahrzeuge das zu rettende Schiff anfassen: ihre bloße Anwesenheit kann für das Werk von großem Nutzen sein.

3. SeuffA. **69** 415, HansGZ. **14** Hptbl. 252 (Hamburg). Auch Regierungsschiffe haben Anspruch auf Berge- und Hilfslohn (vgl. JDR. **12** 583). Legitimiert zur Geltendmachung desselben sind aber nicht die auf dem Schiffe befindlichen Personen, sondern nur der Staat als dessen Eigentümer.

§ 745. RG. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 29, Hansa **14** 410, LeipzZ. **14** 683 (das Urt. des HansOLG., JDR. **12** 583, Nr. 1 zu § 745 bestätigend). Es macht für die Beurteilung der Gefahr, die mit der Reise eines großen Segelschiffs verbunden ist, einen wesentlichen Unterschied, ob dieses hierbei nur auf seine eigenen Hilfsmittel angewiesen ist oder ob es bei regelmäßigem Verlaufe der Reise im Taue des Schleppers, auf alle Fälle aber so lange in dessen ständiger Begleitung die Fahrt zurücklegt, als der Dampfer sich in seiner Nähe zu halten vermag. Dieses Moment ist bei der Bemessung des Hilfslohns in Anschlag zu bringen.

§ 749. SeuffA. **69** 415, HansGZ. **14** Hptbl. 252 (Hamburg). Der Verteilungsmodus des § 749 gilt nicht für Regierungsschiffe.

Neunter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

Literatur: Koch, Das Schiffsvermögen im Lichte der Personensubjektstheorie und der Lehre vom Zweckrecht, Greifswalder Dissertation 1913.

§ 754. Allgemeines. Koch 57 ff. bezeichnet das Schiffsvermögen als rechtsfähiges Zweckvermögen, das selbst der Schuldner der Schiffsgläubigerforderungen und aktiv wie passiv parteifähig, dessen „Fremdzweckvertreter" der Schiffer und neben ihm unter Umständen der Reeder sei.

Zu Nr. 3: s. oben die zu § 487 abgedruckte Entscheidung.

§ 755. HansGZ. **14** Hptbl. 32 (Hamburg). Für die Frage, ob ein Arrestgrund für einen Schiffsgläubiger vorliegt, ist maßgeblich nicht die Gefährdung des Pfandrechts, sondern die Gefährdung der Vollstreckung der Geldforderung. Diese ist nicht gefährdet, wenn der wegen Aussendung des Schiffes auf neue Reisen persönlich haftende Reeder in günstiger Vermögenslage ist. ➞ Vgl. zu dieser nicht unbestrittenen Frage JDR. **9** 629 ff., **11** 729. Red. ⟵

§ 774. Fassung des Urteilstenors: s. zu § 114 BinnenSchG.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

Literatur: Ritter, Vom Grundsatze der allgemeinen Gefahrendeckung im Seeversicherungsrechte, insbesondere die Gefahr des Verschuldens der Schiffsbesatzung, ZVersWiss. **14** 28 ff.

§ 820. 1. Ritter 28 ff. Gefahr ist die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens. Der Versicherer trägt alle Gefahren, alle Möglichkeiten des Eintritts eines Schadens. Nicht bloß, wie Sieveking (Seeversicherungsrecht 89) meint, die Gefahr der Entstehung von Unfällen, die Sieveking definiert als „äußere schadenbringende Ereignisse, deren Eintritt als etwas Zufälliges erscheint": sonst bestände ein Entschädigungsanspruch des Versicherungsnehmers nur unter der Voraussetzung,

daß ein solcher Unfall eingetreten ist und den Schaden verursacht hat. Es müßte also auch der Versicherungsnehmer in jedem Falle dies beweisen, um eine Verurteilung des Versicherers zu erzielen. Dieser Standpunkt würde aber weder der Beweisnotlage gerecht werden, in der sich der Versicherungsnehmer meistens befindet, noch auch dem Grundsatze der allgemeinen Gefahrendeckung entsprechen (s. zu § 882).

2. Zu Nr. 6. Ritter 48 ff. bekämpft die Unterscheidung zwischen nautischem und administrativem Verschulden.

§ 821. 1. **RG. 84** 384 ff. (das Urt. des HansOLG., HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 12, bestätigend). Der Versicherer hat sowohl die Seeuntüchtigkeit wie den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Seeuntüchtigkeit und dem Versicherungsfalle zu beweisen (vgl. JDR. **8** 690). Von der Verteilung der Beweislast ist aber zu scheiden die Beweiswürdigung. Es kann nach der konkreten Sachlage der ursächliche Zusammenhang erwiesen erscheinen, wenn nicht gewisse Anhaltspunkte für das Gegenteil sprechen.

2. HansGZ. **14** Hptbl. 58 (Hamburg). War ein Schiff aus gewissen Gründen seeuntüchtig und läßt sich sein Untergang nach dem erwiesenen Sachverlauf zwanglos auf die Seeuntüchtigkeit zurückführen, so ist es Sache des Versicherten, den Nachweis zu führen, daß der Untergang auch trotz der Seeuntüchtigkeit erfolgt wäre.

§ 849. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 22 (Hamburg). Bei der Klausel „bloß für Seegefahr für den Seetransport" haftet der Versicherer nach den Bremer Seeversicherungsbedingungen nicht für Havariegrossebeiträge, die der versicherten Ladung erwuchsen, weil das Schiff infolge Verfügung von hoher Hand in einem Zwischenhafen liegen bleiben mußte.

§ 854. 1. Wittmaack, GoldschmidtsZ. **76** 399 ff. Ein Totalverlust liegt vor, wenn das Schiff oder die Güter dem Versicherten ohne Aussicht auf Wiedererlangung entzogen sind. Zu Unrecht entnimmt hieraus das RG. (**RG. 67** 251 ff.; s. JDR. **7** 698), daß erst das kondemnierende Urteil des Prisengerichts dem Reeder das genommene Schiff ohne Aussicht auf Wiedererlangung entziehe. Durch welche Tatsachen die Entziehung stattgefunden hat, ist gleichgültig: es kann auch durch eine bloße Beschlagnahme ein Totalverlust herbeigeführt werden. Ob dies der Fall ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Insoweit hat das RG. recht, als die Aufbringung nicht immer als Totalverlust angesehen werden kann; es kommt darauf an, ob mit ihr die Aussicht auf Wiedererlangung dem Versicherten entzogen ist. Wenn aber das Schiff für gute Prise erklärt ist, so soll immer ein Totalverlust angenommen werden, selbst dann, wenn anzunehmen ist, daß noch durch diplomatische Remonstrationen die Herausgabe des in völkerrechtswidriger Weise verurteilten Schiffes oder Gutes erwirkt werden würde.

2. Boyens, GoldschmidtsZ. **76** 410. Die Auffassung des RG., daß erst die Kondemnation den Totalverlust begründe, entspricht dem Wortlaut des § 854, da nach ihm der Totalverlust eintritt, wenn der versicherte Gegenstand „für gute Prise erklärt" wird. Das Gesetz ist so zu verstehen, daß es in den namentlich erwähnten Fällen eine Aussicht auf Wiedererlangung als vorhanden annimmt, solange nicht alle erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind.

3. **RG. 83** 166 ff. (bestätigt aus abweichenden Gründen das Urt. des HansOLG. JDR. **12** 585). Man muß eine auf dem Boden des deutschen Rechtes stehende Police dahin verstehen, daß sich der Begriff dessen, was sie Totalschaden nennt, nicht nach dem im einzelnen Fall anzuwendenden örtlichen Recht, sondern nach den tatsächlichen Vorgängen richtet, so wie sie sich nach deutschem Recht als dem nach deutscher Auffassung der wirtschaftlichen Seite am meisten gerecht werdenden Recht darstellen; mit der Maßgabe selbstverständlich, daß nur ein wirklich erlittener Schaden in Rechnung gestellt werden kann. Alles dies gilt aber nur für die Risikoversicherung.

nicht für die Versicherung eines Interesses, demgegenüber die einen Totalverlust darstellende Belastung mit einer Kollisionsschuld keinen Versicherungsfall bedeutet.

§ 882. Ritter 30 ff. Da der Versicherer alle Möglichkeiten des Eintritts eines Schadens auf sich genommen hat, braucht der Versicherungsnehmer auch nur diesen Eintritt eines Schadens zu beweisen, braucht er nur zu beweisen, daß während der Dauer der Versicherung ein Schaden entstanden ist. Auf das schadenstiftende Ereignis würde es nur dann ankommen, wenn der während der Dauer der Versicherung entstandene Schaden durch ein vor dem Beginn der Versicherung eingetretenes Ereignis verursacht sein könnte oder wenn der Versicherungsnehmer Ersatz eines Schadens verlangt, der erst nach der Beendigung der Versicherung entstanden, aber durch ein vorher eingetretenes Ereignis verursacht ist (➸ oder wenn der Versicherer vertraglich nicht alle Gefahren trägt, z. B. beim Ausschluß der Diebstahlsgefahr oder bei der Klausel „nur für Seegefahr". Red. ⇽). Dem steht § 882 nicht entgegen, nach dem der Versicherte zugleich mit der Schadensrechnung „den Unfall, auf den der Anspruch gestützt wird", durch genügende Belege dem Versicherer dartun muß. Diese Vorschrift betrifft tatsächlich nicht nur die Frage der Beweislast, sondern noch zwei andere mit jener in keinem inneren Zusammenhange stehende Fragen, die der Fälligkeit des Entschädigungsanspruchs und die der Auskunftspflicht des Versicherungsnehmers. Berücksichtigt man das, so muß man anerkennen, daß zwar in besonderen (den oben genannten) Fällen die Darlegung des Unfalls zu der dem Versicherungsnehmer obliegenden Beweislast, daß sie aber im allgemeinen zu der dem Versicherungsnehmer obliegenden Auskunftspflicht gehört und den verschiedenartigen Zwecken des § 882 gemäß auch als hierzu gehörend behandelt werden muß. Der Versicherungsnehmer kann also im allgemeinen die Entschädigung verlangen, ohne den „Unfall", der den Schaden herbeigeführt hat, beweisen zu müssen, der Versicherer zwar die Entschädigung verweigern, bis die Auskunftspflicht erfüllt ist, die Entschädigung aber nicht verweigern, wenn die Auskunftspflicht unvertretbar nicht erfüllt werden kann und deshalb nach den Regeln über die Rechtsfolgen der Leistungsunmöglichkeit lediglich wegfällt.

Elfter Abschnitt. Verjährung.

§§ 901, 903. RG. GruchotsBeitr. **58** 447 ff., EisenbE. **30** 485 ff. Ist nur über einen von mehreren aus Verschulden der Schiffsbesatzung erhobenen Ansprüchen durch Teilurteil erkannt, so läuft bezüglich der übrigen, die zunächst nicht weiter verfolgt wurden, eine neue seerechtliche Verjährung.

Seerechtliche Nebengesetze.

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

§ 36. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 97 (LG. Bremen und HansOLG.). Der Bereich der Tätigkeit des Strandamts ist auf solche Angelegenheiten beschränkt, die mit den deutschen Küsten in räumlicher Beziehung stehen.

Gesetz betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899.

Literatur: Lilie, Das Flaggenrecht der deutschen Seeschiffe, GesuR. **15** 313 ff. (populär!).

§ 4. 1. Josef, HoldheimsMSchr. **14** 239. Das Schiffsregister ist im Gegensatze zum Grundbuche nicht dazu bestimmt, alle Rechtsverhältnisse des Schiffes ersichtlich zu machen; die Eintragungen in das Schiffsregister sind für die Schaffung

von Rechtsverhältnissen am Schiffe nicht wesentlich. Insbesondere ist im Falle der Veräußerung der Erwerb nicht an die Eintragung des Erwerbers im Schiffsregister geknüpft; der Erwerber ist nur bei Ordnungsstrafe verpflichtet, den Erwerb zum Schiffsregister anzumelden.

2. *Schaps, Schiffshypothek und Krieg, BankA. **14** 83 ff. Ein vorübergehend in ein Kriegsschiff umgewandeltes Kauffahrteischiff darf im Schiffsregister eingetragen bleiben. Das Gegenteil ist weder aus dem Wesen des Kriegsschiffs noch aus dem Wesen des Schiffsregisters, noch endlich aus positiven Gesetzesbestimmungen zu folgern.

§ 13. *Schaps, BankA. **14** 84. Die Frage, ob ein Schiff bei Einstellung des Seefahrtsbetriebs durch den Eigentümer das Recht zur Führung der Reichsflagge verliert, daher gemäß § 13 Abs. 2 im Schiffsregister zu löschen ist, ist dahin zu beantworten: wenn ein eingetragenes Schiff seiner Bestimmung dauernd entzogen wird, ohne einer anderen, gleichfalls die Eintragung zulassenden Bestimmung zugeführt zu werden (Beispiel: Verwandlung eines Kauffahrteischiffs in ein Schulschiff), so ist eine kardinale Voraussetzung des Rechtes zur Führung der Reichsflagge und damit der Eintragung ins Schiffsregister fortgefallen, so daß sich ein Vorgehen nach § 13 Abs. 2 rechtfertigt. Eine vorübergehende Einstellung des Seefahrtsbetriebs führt dagegen weder zum dauernden noch zum vorübergehenden Verluste des Rechtes zur Führung der Reichsflagge, daher auch nicht die vorübergehende Umwandlung eines im privaten Eigentume verbliebenen Kauffahrteischiffs in ein Kriegsschiff. In diesem Falle ist freilich das Schiff, während es die Reichskriegsflagge führt, rechtlich und tatsächlich an der Führung der Handelsflagge verhindert. Daraus ergibt sich aber nur, daß das Recht zur Führung der Handelsflagge ruht, nicht daß es verloren ist. Es kann wieder ausgeübt werden, sobald die Verwendung als Kriegsschiff aufhört.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

§§ 19, 21. OLG. **28** 188 (Celle). 1. Für den Anspruch des Schiffsmanns auf Erteilung eines ordnungsmäßigen Zeugnisses ist der Rechtsweg zulässig. § 21 steht nicht entgegen; denn er bestimmt nur, daß im Falle der Verweigerung des Zeugnisses auf Antrag das Seemannsamt den Sachverhalt zu untersuchen und das Ergebnis dem Schiffsmanne zu bescheinigen hat. Diese Bescheinigung hat keine endgültige, sondern nur eine vorläufige Bedeutung. Hätte sie unter Ausschluß des Rechtswegs das Zeugnis, auf das der Schiffsmann einen Anspruch hat, ersetzen sollen, so hätte dies eines besonderen Ausspruchs im Gesetze bedurft. 2. Der sich nach allgemeinen Grundsätzen aus § 630 BGB. ergebende Anspruch des Schiffsmanns gegen den Reeder wird durch § 19 nicht ausgeschlossen. § 19 bezieht sich auf den Regelfall, indem damit die möglichst glatte und schleunige Abwicklung des Abmusterungsgeschäfts sichergestellt werden soll. Der Fall, daß die Ausstellung des Zeugnisses aus besonderen Gründen vor der Abmusterung unterblieben ist oder daß sie erst nachträglich verlangt wird, ist überhaupt nicht geregelt; hier haben die allgemeinen Grundsätze, nach denen der Reeder als Dienstberechtigter zur Zeugniserteilung verpflichtet ist, Platz zu greifen. Die Einwendung, der Reeder sei hierzu nicht in der Lage, geht fehl; er kann sich die nötigen Unterlagen durch den Kapitän oder andere Schiffsangestellte verschaffen. 3. Die Pflicht zur Zeugnisausstellung untersteht dem § 242 BGB. Soweit das Zeugnis unwahre Tatsachen enthält, ist unbedenklich ein Berichtigungsanspruch gegeben. Im übrigen ist die Fassung des Zeugnisses im allgemeinen Ermessenssache des Dienstberechtigten. Immer muß aber verlangt werden, daß das Zeugnis keine Angaben enthält, die für dessen vorgeschriebenen Inhalt keine Bedeutung haben, an deren Aufnahme der Dienstberechtigte keinerlei berechtigtes Interesse darlegen kann und die geeignet sind, dem Ver-

pflichteten zu schaden. Verlangt der Schiffsmann ein Führungszeugnis, so muß er sich die Angabe des Entlassungsgrundes gefallen lassen.

§§ 34, 85. LeipzZ. **14** 1870 (Hamburg). Mit der Vorschrift, daß der Schiffsmann den dienstlichen Befehlen seiner Vorgesetzten unweigerlich Gehorsam zu leisten habe, wird zum Ausdrucke gebracht, daß die auf eine Kritik der Zulässigkeit des Befehls sich gründende Weigerung des Schiffsmanns nicht statthaft ist.

Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906.

Literatur: Dick, Erläuterungen zur Seestraßenordnung vom 5. Febr. 1906, für den praktischen Gebrauch bearbeitet.

Art. 16. HansGZ. **14** Hptbl. 171 (Hamburg). Wenn ein Dampffahrzeug vor sich ein Schiff vor Anker gehen hört, ohne wegen des unsichtigen Wetters dessen Lage ausmessen zu können, so liegt zwar nicht unmittelbar der Fall des Art. 16 Abs. 2 vor, indessen muß vorsichtigerweise ebenso verfahren werden, wie dies dort vorgeschrieben ist, d. h. der Dampfer muß zunächst stoppen und dann vorsichtig manöverieren, bis die Gefahr des Zusammenstoßes vermieden ist.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895
(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 1. Schiffahrt auf dem Kaiser-Wilhelm-Kanale. 1. Scheurer, Hansa **14** 426, spricht sich entgegen **RG. 74** 252 ff. (JDR. **9** 634) dahin aus, daß der Kanallotse sich auch bei der Führung des Schiffes in Ausübung öffentlicher Gewalt befinde und daß deshalb für sein Verschulden der Reichsfiskus nicht nach § 831 BGB., sondern nach dem RGes. vom 22. Mai 1910 hafte.

2. SchlHolstAnz. **14** 122 (Kiel). Der Reeder eines Schaden verursachenden Schiffes kann sich auf den Lotsenzwang nicht berufen, wenn die Kanalverwaltung für einen Teil des Kanalbezirks auf die Ausübung dieses Zwangsrechts verzichtet. S. aber Nr. 2 zu HGB. § 737.

3. HansGZ. **14** Hptbl. Nr. 64 (Kiel). Das Reich haftet auf Grund des G. vom 22. Mai 1910 für den durch Fahrlässigkeit des Kanallotsen entstandenen Schaden. Bestätigt durch **RG.** JW. **15** 328.

4. Das JDR. **12** 587 erwähnte Urt. des RG. vom 5. Mai 1913 ist abgedruckt HansGZ. **14** Hptbl. 64 ff. und SchlHolstAnz. **14** 163 ff.

§ 2. HansGZ. **14** Hptbl. 284 (Hamburg). Wer ein Fahrzeug nebst Schiffer von dem Eigner mietet, ist nicht Ausrüster, da nicht er dem im Dienste des Eigners verbliebenen Schiffer die Führung anvertraut hat.

§ 3. 1. **RG.** JW. **15** 21. Der Schiffseigner muß sich einredeweise ein Mitverschulden (§ 254 BGB.) einer Person der Schiffsbesatzung in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen entgegenhalten lassen. Ein Entlastungsbeweis in der Richtung des § 831 BGB. ist ihm nicht gestattet.

2. SpeduSchiffZ. **14** 199 (Düsseldorf). Die Erstattung der für Expertise, Interventions- und Reisekosten bei der Schadensaufnahme entstandenen Auslagen kann von dem Schädiger nicht verlangt werden. Diese Kosten seien nicht als „Schaden" im Sinne des § 3 anzusehen: sie seien dadurch entstanden, daß der Eigentümer des beschädigten Schiffes zu seinem Versicherer in einem Vertragsverhältnisse stand und die letztere zum Zwecke der Feststellung der sich für sie aus dem Schadensfalle ergebenden Verpflichtungen nach eigenem Ermessen und im eigenen Interesse Maßregeln veranlaßt, durch die jene Kosten verursacht seien. ➜ Für die Einschränkung dieser Sätze, namentlich hinsichtlich der Vertretungskosten, spricht sich der ungenannte Verf. der an das obige Urteil angeknüpften Bemerkungen aus. Red. ⟵

Zusatz zu **§ 4.** Schleppschiffahrt. LeipzZ. **14** 876 (Hamburg). Wenn eine Interessenvereinigung von Schleppschiffbesitzern, die selbst keine Schleppschiff-

fahrt betreibt, Schleppbedingungen veröffentlicht, so liegt darin die Mitteilung, daß die Mitglieder des Vereins übereingekommen sind, nur zu den betreffenden Bedingungen zu schleppen, daß sie also, wenn sie einen Schleppvertrag schließen, diese Bedingungen vereinbaren *wollen*. Ob nun aber im Einzelfalle zu diesen Bedingungen geschleppt wird, hängt davon ab, ob sie tatsächlich vereinbart *werden*. Wird in keiner Weise auf sie Bezug genommen, so kann man nicht sagen, daß sie stillschweigend vereinbart sind, weil sie der Interessentenverein veröffentlicht hat oder der zu schleppende Schiffer sie kennt.

§ 26. HansGZ. **14** Hptbl. 47 (Hamburg). Aus der Klausel „frei Schleppen bis . . .“ braucht sich nicht zu ergeben, daß der Befrachter dem Schiffer die Schleppung zu *beschaffen* hat: sie bedeutet an sich nur, daß der Schiffer die Schleppkosten nicht zu tragen hat, und sie hindert nicht, daß der Schleppvertrag *für den Schiffer* abzuschließen ist.

§ 58. **RG.** R. **14** Nr. 1906. Erkundigungen in Schiffahrtskreisen über die etwa für die anderen geladenen Güter gefährlichen Eigenschaften von Frachtgütern genügen zum Ausschluß eines Verschuldens; Erkundigung bei Chemikern ist nicht erforderlich. Der Befrachter darf nicht darauf rechnen, daß der Verfrachter oder Schiffer mehr weiß, als allgemein in seinen Standes- und Berufskreisen gewußt wird.

§§ 58, 59. EisenbE. **31** 99, DJZ. **14** 832 (Karlsruhe). Das BinnenSchG. enthält im Gegensatze zu § 566 HGB. kein Verbot der Decksladung. Die Konnossementsklausel „die Reederei oder der Schiffer behält sich vor, Güter auf Deck der Schiffe zu verladen“, gewährt nach Treu und Glauben nur das Recht, Güter auf Deck zu verladen, wenn diese Verladungsart keine Beschädigung der Ware befürchten läßt. Es verstieß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers, es zuzulassen, daß sehr dünne exotische Felle zur stürmischen Jahreszeit die seeländischen Gewässer auf Deck durchfuhren. ➔ *Die Entscheidung ist nicht unbedenklich.* Hat der Absender die Verladung seines Gutes auf Deck ausdrücklich gestattet, so geht es zu weit, dem Frachtführer noch Erwägungen über deren Schädlichkeit zur Pflicht zu machen. Red. ←

§ 61. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1667. Was als Annahme der Güter durch den Empfänger und dann wieder als Ablieferung durch den Frachtführer bezeichnet wird, ist der tatsächliche Vorgang, mit welchem die vom Frachtführer übernommene Beförderung ihren Abschluß erreicht, der Übergang der Güter aus dem Besitze des Frachtführers in den des Empfängers.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1902. Ist vereinbart, daß nach der Annahme der Güter durch den Empfänger wegen äußerlich erkennbarer Beschädigung Ansprüche nur geltend gemacht werden können, wenn vor der Annahme der Zustand des Gutes durch gerichtlich ernannte Sachverständige festgestellt ist, so liegt Annahme im Sinne dieser Bestimmung vor, wenn der Empfänger die Beschädigung zwar sofort gerügt und die Abnahme geweigert, aber die Güter, wenn auch nur behufs einstweiliger Aufbewahrung, auf Lager genommen hat.

§ 68. MecklZ. **32** 316 ff. (Rostock). Ein Fall des § 68 Abs. 2 Nr. 2 liegt nicht vor, wenn sich schon vor Aussonderung der zu verschiffenden Güter ein ihre Beförderung ausschließender Zufall ereignet, z. B. dieselben dem Absender gar nicht geliefert werden. Wenn auf Grund dieser Tatsache der Absender erklärt, nicht verschiffen zu können, so hat er Reufracht zu zahlen.

§ 78. Vgl. zu §§ 700, 706 Nr. 7, 716 HGB.

§ 82. EisenbE. **30** 203, R. **13** Nr. 1653 (Cöln). 1. Unter dem Sinken des Schiffes im Sinne von § 82 Abs. 3 Nr. 3 ist nicht bloß das tatsächliche Untertauchen des Schiffes unter die Wasseroberfläche, sondern auch sein Festgeraten (Strandung) zu verstehen, insbesondere wenn sich daraus das spätere Untertauchen von selbst ergibt; die Strandung gehört daher, sofern durch sie nicht bloß das Schiff, sondern

Schiff und Ladung gemeinsam gefährdet werden, unter die angeführte Gesetzesstelle. 2. Für die Frage, ob in einem Strandungsfalle die Kosten der Hebung des Schiffes als zur großen Haverei gehörig angesehen werden können, kommt es nicht darauf an, ob zur Zeit des tatsächlichen Versinkens des Schiffes noch Ladung darauf vorhanden war, sondern nur, ob dies zur Zeit seines Auflaufens der Fall war. 3. Aus der Gegenüberstellung von § 82 Nr. 3 Abs. 2 und Abs. 3 ergibt sich, daß für den letzteren Fall — wenn nämlich das Schiff nicht absichtlich zum Sinken gebracht worden ist — die Reparaturfähigkeit des Schiffes keine Rolle spielt. 4. Für die Frage, ob die Kosten der eigentlichen Hebung des gesunkenen Schiffes zur großen Haverei gehören, ist es gleichgültig, ob die Ladungsinteressenten der Hebung zugestimmt haben. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob diese Kosten als zur gemeinsamen Hebung von Schiff und Ladung zweckentsprechend verwendet zu gelten haben.

§ 114. **RG.** HansGZ. **14** Hptbl. 202, R. **14** Nr. 1336. Wird die persönliche Haftung des Schiffseigners darauf gestützt, daß er das Schiff auf neue Reisen ausgesandt habe, und wird hiergegen geltend gemacht, daß der Wert des Schiffes zur fraglichen Zeit den Betrag der Klageforderung nicht erreicht habe, so darf der Klaganspruch nicht ohne Einschränkung für dem Grunde nach berechtigt erklärt werden, vielmehr nur in Höhe des Schiffswerts bei Antritt der neuen Reise. Im Nachverfahren über den Betrag ist alsdann unter Beachtung der Rechtsvermutung des § 114 Abs. 2 festzustellen, in welcher Höhe die Klageforderungen an sich entstanden sind und in welcher Höhe sie nach Maßgabe des Schiffswerts zum Zuge kommen konnten. Vgl. JDR. **12** 584 zu § 774 HGB.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Erster Titel. Richteramt.

Literatur: Doemeus, Ein Streifzug ins Gebiet der richterlichen Unabhängigkeit, DRZ. **14** 344—353.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 13. I. Allgemeines. a) **RG.** ElsLothJZ. **14** 51. Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs ist nicht entscheidend, wie der Kläger seine Ansprüche bezeichnet; entscheidend ist vielmehr die rechtliche Natur der Ansprüche, wie sie sich aus dem wirklichen Inhalt ergibt. b) FrankfRundsch. **48** 129 (Frankfurt) über den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit. c) **RG.** SeuffA. **69** 245. Der Begriff der bürgerlichen im Gegensatze zu den öffentlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten nach § 13 GVG. richtet sich nach dem Landesrechte.

II. Einzelfälle der Zulässigkeit. a) SächsOLG. **35** 271. Der Rechtsweg ist zulässig, wenn ein hinterlegter Geldbetrag von der einen Partei kraft öffentlichen Rechtes und von der anderen Partei auf Grund eines privatrechtlichen Titels in Anspruch genommen wird. b) **RG.** GruchotsBeitr. **58** Nr. 113. Der Anspruch gegen einen Verein zur Überwachung von Dampfkesseln, daß er warnende Mitteilungen über ein Mittel gegen Kesselsteinbildung unterlasse, ist im Rechtswege verfolgbar. c) OLG. **14** 232 (Posen). Für die Rückforderung der von Militärpersonen überhobenen Gebührnisse ist der Rechtsweg zulässig. d) **RG.** ElsLothJZ. **14** 51. Für Ansprüche, die gegen den Reichsfiskus anläßlich des staatlichen Betriebs des Telegraphen- und Fernsprechwesens erhoben werden, ist der Rechtsweg nur insoweit zulässig, als es sich um einen privatrechtlich unerlaubten Eingriff des Fiskus handelt. e) **RG.** RheinA. **9** 74. Der Rechtsweg ist gegen den Fiskus — nicht gegen den Schulverband — wegen des Anspruchs eines Volksschullehrers auch insoweit gegeben, als der Anspruch lediglich darauf gestützt ist, daß der Lehrer durch seine im dienstlichen Interesse erfolgte Versetzung in seinem Diensteinkommen verkürzt

worden ist. f) PosMSchr. 14 100 (Posen). Für die Klage eines städtischen Volksschullehrers auf Mietentschädigung ist der Rechtsweg zulässig. g) HansGZ. 14 Beibl. 38 (Hamburg). Bei Eingriffen des Hamburgischen Staates in das Vermögensrecht des Privaten durch übersetzte Zollerhebung ist der Rechtsweg zulässig. h) **RG.** JW. 14 937 über die Zulässigkeit des Rechtswegs gegenüber Einwirkungen, die ihren Grund in einer Anlage oder Einrichtung haben, auf die sich die landespolizeiliche Genehmigung nicht erstreckt (Lokomotivschuppen). i) HansGZ. 14 Beibl. 44 (Hamburg). Der Rechtsweg ist zulässig für Gehaltsansprüche hamburgischer Beamten gegen den Hamburgischen Staat. k) SchlHolstAnz. 14 99 (Kiel). Für Gehaltsansprüche der Rektoren und Mittelschullehrer nach dem LehrerbesoldungsG. vom 26. 5. 09 und den Erlassen des Ministers der Unterrichtsangelegenheiten vom 10. 9. 09 ist der Rechtsweg zulässig. l) PrOVG. **65** 117. Besteht eine Realgemeinde im Sinne des G. vom 5. 6. 88 nicht mehr, so ist ein für sie nach Maßgabe dieses Gesetzes erlassenes Statut rechtsungültig; ein aus dem Statut hergeleiteter Anspruch auf Teilnahmerechte an Gemeinstücken kann in solchem Falle nicht im Verwaltungsstreitverfahren, sondern nur im ordentlichen Rechtswege geltend gemacht werden. m) ElsLothJZ. 14 300 (Colmar). Für die Klage gegen den Militärfiskus auf Ersatz des Schadens, der gelegentlich einer militärischen Übung auf einem Grundstück angerichtet wurde, ist zwar nicht nach § 14 NaturalleistungsG. vom 13. 2. 75, wohl aber dann der Rechtsweg zulässig, wenn die Klage auf § 823 BGB. oder auf das Reichsgesetz vom 22. 5. 10 gestützt wird. n) **RG.** SchlHolstAnz. 14 275. Zulässigkeit des Rechtswegs für wasserrechtliche Streitigkeiten einschließlich der Schadensersatzansprüche in Schleswig-Holstein nach dem vor Erlaß des WasserG. vom 7. 4. 13 geltenden Rechte. o) EisenbE. **30** 369 (Colmar). Für Schadensersatzansprüche gegen den Staat, die darauf gegründet sind, daß Leute in einen öffentlichen Kanal gefallen und ertrunken sind, weil an der Unfallstelle nicht die erforderlichen Schutzmaßregeln angebracht waren (§ 823 BGB.), ist in Elsaß-Lothringen der öffentliche Rechtsweg zulässig. p) ElsLothJZ. 14 366 (Colmar). Für eine Klage gegen den els.-lothr. Landesfiskus auf Schadensersatz, die darauf gestützt wird, daß der Fiskus einen ihm gehörigen und dem allgemeinen Verkehr eröffneten öffentlichen Kanal nicht gehörig verwahrt und dadurch fahrlässig verursacht habe, daß darin Pferde des Klägers ertrunken seien, ist der Rechtsweg zulässig. q) RheinA. **111** 57 (Cöln). Der Rechtsweg über Ansprüche aus einem Vergleiche, der zur Beilegung eines Streites über Herabsetzung von Beiträgen zur Wegeunterhaltung nach den preuß. Ges. vom 14. 5. 88 und 11. 7. 91 geschlossen ist, und in dem beide Teile Verpflichtungen übernommen haben, ist zulässig. r) **RG.** **84** 86. In Elsaß-Lothringen ist für eine gegen den Landesfiskus wegen mangelhafter Unterhaltung öffentlichen Gutes auf Grund der §§ 823, 31, 89 BGB. erhobene Schadensersatzklage der Rechtsweg zulässig. s) OLG. **14** 188 (Celle). Für den Anspruch des Schiffsmanns eines Seedampfers auf Ausstellung eines Führungszeugnisses ist der Rechtsweg zulässig.

III. Einzelfälle der Unzulässigkeit des Rechtswegs. a) SchlHolstAnz. 14 58 (Kiel). Unzulässigkeit des Rechtswegs für den Anspruch auf Herausgabe des vom Reiche kraft seines Festungshoheitsrechts in Anspruch genommenen Landes. b) RheinA. **111** 56 (Cöln). Gegen eine Verfügung des Ministers der öffentlichen Arbeiten, wodurch Arbeiten für ein in Betrieb befindliches Eisenbahnunternehmen, die auf einem Privatgrundstücke vorzunehmen sind, genehmigt werden, ist der Rechtsweg auf Untersagung der Vornahme der Arbeiten unzulässig (§ 4 EisenbG. vom 3. 11. 38, §§ 2, 4 Ges. vom 11. 5. 42). c) **RG.** Gruchots Beitr. **58** Nr. 114. Der Rechtsweg für eine Klage auf Unterlassung polizeilich genehmigter geräuschvoller nächtlicher Arbeiten einer Straßenbahngesellschaft ist unzulässig. d) SächsOLG. **35** 190 (KompGH.). Für die Frage, inwieweit unzu-

lässige Eingriffe einer Stadtgemeinde in den Wasserlauf eines öffentlichen Flusses und damit in die Wasserbenutzungsrechte der sog. Adjazenten vorliegen, ist der Rechtsweg unzulässig. Sie ist von den Verwaltungsbehörden zu entscheiden. e) SächsOLG. 35 190 (KompGH.). Unzulässigkeit des Rechtswegs bei Störung eines besonderen Wasserbenutzungsrechts durch Entziehung von Grundwasser und von Wasser aus dem Wasserlaufe, sowie f) SächsOLG. 35 107 (Dresden) bei der im öffentlichen Interesse vorgenommenen Änderung am Bette eines Baches. g) SchlHolstAnz. 14 97 (Kiel). Unzulässigkeit des Rechtswegs für die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei Veränderung kommunaler Verbände. h) RG. JW. 14 211. Die Verfolgung des Steueranspruchs der Gemeinden im ordentlichen Rechtsweg ist unzulässig. i) RG. 83 304. In Preußen ist der Rechtsweg nicht zulässig für eine Klage, mit welcher Staat oder Gemeinde den Betrag einer hinterzogenen Steuer um deswillen einfordern, weil sich der Beklagte durch wissentlich falsche Selbsteinschätzung einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht habe und auf Kosten des Klägers ohne rechtlichen Grund bereichert sei. k) SchlHolstAnz. 14 188 (Kiel). Unzulässigkeit des Rechtswegs für den Anspruch auf Erstattung eines eingezogenen Steuerbetrags, auch wenn der Anspruch wegen Zurücknahme der Veranlagung auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt wird. l) SchlHolstAnz. 14 74 (KompGH.). Der Rechtsweg ist unzulässig gegen polizeiliche Verfügungen eines Deichverbandsvorstehers. m) SchlHolstAnz. 14 187 (Kiel). Unzulässigkeit des Rechtswegs für den Anspruch auf Erstattung von Wegebaukosten, wenn derselbe auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruht; ferner n) RG. JW. 15 99 wegen Heranziehung zu Anliegerbeiträgen ist der Rechtsweg nicht zulässig. o) RheinZ. 6 309 (Colmar). Ausschluß des Rechtswegs nach dem französisch-rechtlichen Grundsatze der Trennung der Gewalten; actes administratifs und actes de gestion.

§ 14. Literatur: Bewer, Zur gesetzlichen Grundlage der Gewerbegerichte, LeipzZ. 14 342—345. — Erdel, Zehn Jahre Kaufmannsgericht, GewuKfmG. 14 361—365. — Ebenso: Morgenstern, GewuKfmG. 14 365—367; Mantel, GewuKfmG. 14 367—370. — Wallis, Die Wahl der Beisitzer der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Ein Rückblick aus zehnjähriger Erfahrung und einige Winke für die Zukunft, GewuKfmG. 14 371—376.

I. Zuständigkeit der Gewerbegerichte im einzelnen. 1. Zuständigkeit. a) GewuKfmG. 14 221 (GG. Mannheim). Das Gewerbegericht ist zuständig für die Ansprüche aus einem „Pachtvertrag" über die Garderobe in einem Restaurant. b) GewuKfmG. 14 381 (KfmG. Chemnitz). Die „Verkäuferin" einer Warenhauskantine ist nicht Handlungsgehilfin, sondern Gewerbegehilfin. c) OLG. 29 1 (Braunschweig). Zuständigkeit des Gewerbegerichts für die Gehaltsklage eines Maurerpoliers. d) GewuKfmG. 14 320 (LG. I Berlin). Für die Klage eines Filmschauspielers gegen eine Filmfabrik ist das Gewerbegericht zuständig, sofern es sich um mehr statistenähnliche Leistungen bei der Darstellung bestimmter historischer Figuren handelt.

2. Unzuständigkeit. a) GewuKfmG. 14 419 (GG. Mannheim). Das Gewerbegericht ist nicht zuständig für die Klage eines Hotelbesitzers gegen einen Hausdiener auf Zahlung des Gehalts für den zweiten Hausdiener, zu der der erste vertraglich verpflichtet ist. b) GewuKfmG. 14 425 (LG. Mainz). Das Gewerbegericht ist nicht zuständig für Pflegerinnen von Krankenfürsorge-Vereinen.

II. Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte im einzelnen. a) GewuKfmG. 14 382 (LG. Nürnberg). Für Ansprüche des Prinzipals gegen seinen Provisionsreisenden, der die bei Kunden einkassierten Beträge an das Geschäft nicht abliefert, ist das Kaufmannsgericht zuständig. b) OLG. 29 6 (München). Die Kaufmannsgerichte sind auch für bestrittene Ansprüche gegen eine Konkursmasse oder den Verwalter als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners zuständig.

Fünfter Titel. Landgerichte.

Literatur: Tophoff, Die Stellvertretung in den Kollegialgerichten nach dem deutschen Gerichtsverfassungsgesetze. Hannover 1914.

§ 70. I. OLG. 28 318 (Breslau). § 39 Nr. 3 PrAGGVG. gilt nicht für Ersatzansprüche, die auf Grund der §§ 1, 4 PrG. vom 1. August 1909 gegen einen Kommunalverband erhoben werden.

II. **RG.** WarnE. 14 168. Wird ein Anspruch erhoben, der aus einer Amtspflichtverletzung eines Notars entstanden ist, so sind die Landgerichte ohne Rücksicht auf die Höhe der Streitsumme auch dann zuständig, wenn der Anspruch nicht in dieser Richtung begründet ist.

Achter Titel. Oberlandesgerichte.

§ 121. **RG.** JW. 15 96. Selbständige Abteilungen eines Zivilsenats eines OLG. sind unzulässig.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

Literatur: Delius, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens im Deutschen Reiche sowie im und gegenüber dem Ausland in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in Konkurssachen, in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Verwaltungssachen.

§ 159. BadNotZ. **14** 170 (Karlsruhe). Die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses kann nicht im Wege der Rechtshilfe verlangt werden.

§ 160. LeipzZ. **14** 403 (BayObLG.). Auch den Versicherungsbehörden und -trägern steht gegen die Ablehnung der von ihnen nach § 1571 RVO. erbetenen Rechtshilfe der Rechtsbehelf des § 160 zu.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

Literatur: Levin, Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Berlin 1913.

§ 179. I. *Rasch, Die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Sitzungspolizei, R. **14** 479—491. Ungebühr ist jedes Verhalten, das den Vorsatz erkennen läßt, die Würde des Gerichts oder die Ordnung in der Verhandlung zu stören. Ein Verhalten, das lediglich objektiv diese Wirkung hat, ist wohl ungehörig, aber nicht ungebührlich. So auch KG. 1. Strafsen. vom 27. Oktober 1913 (I. S. 791/13). Abweichend KG. 2. Strafsen. vom 25. Oktober 1910, GoltdA. 58 230. Einer als Ordnungsstrafe erkannten Geldstrafe kann für den Fall der Nichtbeitreibung Haftstrafe nicht substituiert werden, da die Strafe keine kriminelle ist, also die Vorschriften des StGB. auch ergänzend keine Anwendung finden können.

II. Entscheidungen über die Frage, ob der an erster Stelle erkannten Geldstrafe eine Freiheitsstrafe substituiert werden kann. 1. Verneinend: a) BadRpr. **14** 2 (Karlsruhe). **b)** OLG. 28 328 (Karlsruhe).

2. Bejahend OLG. 28 327 (Colmar) (vgl. JDR. **12** Nr. III, **11** Nr. III). Eine gemäß § 179 GVG. verhängte Geldstrafe kann für den Uneinbringlichkeitsfall in eine Haftstrafe umgewandelt werden, und zwar in eine solche bis zu 3 Tagen.

§ 183. I. *Rasch, R. **14** 479—491. Die Beschwerde gegen eine Ordnungsstrafe ist zwar nicht als sofortige bezeichnet, hat aber infolge der Frist, an die ihre Einlegung gebunden ist, die Rechtsnatur einer solchen. Daraus folgt, daß sie sowohl beim Beschwerdegerichte wie beim Gerichte, dessen Beschluß angefochten wird, eingelegt werden kann, sowie daß letzteres zur Abänderung seiner Entscheidung nicht befugt ist.

II. LeipzZ. **14** 91 (BayObLG.). Die Beschwerde gegen eine Ordnungsstrafe steht nur dem Bestraften, nicht auch dem Staatsanwalte zur etwaigen Verschärfung der Strafe zu.

Siebenzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 202. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Der Antrag, eine Sache als Feriensache zu bezeichnen, ist von Amts wegen anzuregen, wenn die Partei unter gewöhnlichen Umständen die Anberaumung des Termins vor den Ferien erwarten darf, eine solche aber nach der Geschäftslage nicht erfolgen kann. Die nachträgliche Bezeichnung einer Sache als Feriensache kann ohne Anhörung des Gegners erfolgen.

§ 204. BadRpr. **14** 44 (Karlsruhe). Auch die Festsetzung des Streitwerts nach § 16 Abs. 1 GKG. in Nichtferiensachen darf während der Gerichtsferien erfolgen. Die Streitwertfestsetzung bildet die Grundlage für den Ansatz der Gerichtskosten und für das Kostenfestsetzungsverfahren und stellt insofern einen Bestandteil des Gebührenansatz- und Festsetzungsverfahrens dar.

Zivilprozeßordnung.

Allgemeine Fragen und Zivilprozeßreform.

A. Allgemeines.

Literatur: Bockelmann, Noch einmal die Wahrheitspflicht des Anwalts, JW. **14** 19—22. — Braun, Rechtswege, Fristen und Formen der Zivilprozeßordnung in alphabetischer Übersicht. Berlin 1914. — Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. II. Bd. I. Buch. Berlin 1914. — Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung. 11. Aufl. II. Bd. Tübingen 1914. — Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. AZivPr. **112** 1—319. — Josef, Rechtsprechung und Rechtslehre in der Frage über die wechselseitige Einwirkung von Entscheidungen in der freiwilligen und in der streitigen Gerichtsbarkeit aufeinander, BuschsZ. **43** 365—394. — Kloeppel, Konkurrenzklausel, Geschäftsgeheimnis und Öffentlichkeit des Zivilprozesses, JW. **14** 223—224. — Lehfeldt, Österreichischer und Reichsdeutscher Zivilprozeß. Berlin 1914. — Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Rechte und Zivilprozesse. Erster Band. — Schultzenstein, Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten, BuschsZ. **43** 301—347. — Steinitz, Zur Wahrheitspflicht, JW. **14** 132—135. — Traumann, Scheinprozeß, Rechtsordnung und Standespflicht, JW. **14** 135—137. — Matthiessen, Wildhagen, Tatbestand und Sachverhalt im bürgerlichen Rechtsstreite, DRZ. **14** 381—386.

B. Zivilprozeßreform.

Literatur: Bozi, Zur Handhabung der Prozeßgesetze, DRZ. **14** 211—216. — Düringer, Zur Reform des Zivilprozeßrechts, LeipzZ. **14** 46—49. — Haber, Über die Wahrheit im Zivilprozesse, LeipzZ. **14** 705—724. — Hachenburg, Welche Aufgabe und Stellung ist den Rechtsanwälten im bürgerlichen Rechtsstreite zuzuweisen? Notwendige Vertretung? Notwendige Beistandschaft? LeipzZ. **14** 435. — Heinsheimer, Vorverfahren vor einem Gerichtsmitgliede (Sachrichter) im landgerichtlichen Prozesse, LeipzZ. **14** 49—56. — Jahns, Beiträge zur Justizreform, DRichterZ. **14** 643—656. — Karsten, Ist der Zeugeneid beizubehalten? LeipzZ. **14** 1320—1322. — Magnus, Wie ist der Sachverständigenbeweis auszugestalten? LeipzZ. **14** 1467—1477. — v. Miltner, Richterliches Ermessen und freie Beweiswürdigung, LeipzZ. **14** 1482—1495. — Nagel, Zur Frage der Beschleunigung und Verbilligung der Prozeßführung, HessRspr. **14** 58—62. — Schiffer, Neue Vorschläge zur Beschleunigung und Vereinheitlichung der Rechtspflege, JW. **14** 2—7. — Schmitt, Freie Beweiswürdigung und richterliches Ermessen, LeipzZ. **14** 1477—1482. — Springer, Wo und wie hat die Beweisaufnahme stattzufinden? LeipzZ. **14** 906—919. — Stein, Gesetzgebungsvorschläge zur Justizreform, LeipzZ. **14** 313—321. — Vierhaus, Verbesserungsvorschläge zur ZPO., DJZ. **15** 9. — Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses. Berlin 1914. — Weinberg, Zur Zivilprozeßreform, JW. **14** 1129—1131.

I. *Vierhaus, DJZ. **15** 9. Verbesserungsvorschläge zur ZPO. (im Anschluß an Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses). Die Vorschläge zur Reform müssen ausgehen von der Aufgabe des Zivilprozesses. Das ist nicht die Durchführung eines Prinzips, auch besteht sie nicht darin, einer Partei schlechthin

zum Siege zu verhelfen, da der Zivilprozeß den Interessen verschiedener Personen dienen muß. Der Zivilprozeß kann nicht, wie der Strafprozeß, mit einer Ablehnung der Feststellung einer Schuld enden; er muß mit einer festen Stellungnahme zu dem Rechte einer jeden der Parteien schließen. Diese kann sich aber nicht gründen auf Offizialuntersuchung. Notwendig entstehende Lücken in den Feststellungen werden durch technische Mittel des Zivilprozeßrechts (Beweispflicht, Ausschließungswirkungen, Versäumnisfolgen) ausgefüllt. Aber Ziel des Prozesses bleibt doch die der Wirklichkeit entsprechende Wahrheit. Die in der ZPO. bereits gegebenen Mittel, auf die Feststellung der Wahrheit hinzuwirken, reichen nicht aus. — Die Partei muß verpflichtet sein, wenn sie aus tatsächlichen Vorgängen Rechtsansprüche oder Verteidigungsmittel herleitet, diese Vorgänge vollständig und wahrheitsgemäß anzugeben. Zur Feststellung von Folgen bewußter Unwahrheit genügt die freie Beweiswürdigung. Ein wesentliches Mittel zur Erreichung des Zieles der Wahrheit ist die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien, aber vor dem erkennenden Gerichte, nicht vor einem beauftragten Richter. — Der Parteieid ist beizubehalten, aber vor der Leistung ist die Partei über die seinen Inhalt bildenden Tatsachen erschöpfend zu vernehmen und die Möglichkeit einer Änderung der Norm zu gewähren; auch kann sich an Stelle des formulierten Eides die Beeidigung einzelner Angaben bei der Vernehmung empfehlen. — Unerläßlich ist die Verlegung der Sorge für den Prozeßgang in die Hände des Richters. Der Hauptgrund der Prozeßverzögerung, die Gleichstellung der Nachsuchung einer Streitentscheidung mit der Erwirkung einer Vollstreckung, kann durch einen Vortermin beseitigt werden. Dann aber muß die Vertagungsfreiheit fallen; die Terminsbestimmung ist auch im Prozesse Sache des richterlichen und nicht des Partei-Ermessens. Gegen Terminsumgehung genügen Kostennachteile nicht; als Folge ist festzusetzen: Ende des Prozesses ohne Sachentscheidung zum Nachteile des Klägers, aber mit Zulässigkeit einer einmaligen neuen Klagerhebung nach Entrichtung der Kosten des ersten Prozesses. Die Anwälte werden solchen Vorschlägen widerstreben, aber sie erfahren eine Rückenstärkung in ihrem Verhältnisse zum Klienten und zum Gegenanwalte, die sie als Wohltat empfinden würden.

II. *Weinberg, JW. **14** 1129. Es ist die Einführung eines Vortermins zu fordern. Als Mittel gegen Terminsvereitelungen ist die Einführung einer besonderen Terminsgebühr durch Änderung des § 48 GKG. zu verlangen. Die Gebühr ist nach der Objektshöhe abzustufen und soll den Betrag von 20 M. nicht übersteigen. Wenn beide Parteien beantragen, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden, so soll das Gericht berechtigt sein, von mündlicher Verhandlung abzusehen.

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

§ 2. RG. R. **14** Nr. 376. Der Anspruch aus § 824 BGB. ist in der Regel vermögensrechtlich.

§ 3. I. *Eckstein, JW. **14** 967. Der Streitwert der Feststellungsklage, daß eine Forderung mangels Fälligkeit nicht besteht, ist geringer als der der Feststellungsklage über die Existenz.

II. Rechtsprechung. 1. R. **14** Nr. 947 (Cöln). Für den Antrag auf Verurteilung zur Entpfändung mehrerer durch Tauschvertrag übertragener, gesamthypothekarisch belasteter Trennparzellen ist der Wert nicht nach § 6, sondern nach § 3 unter Berücksichtigung des dem Kläger aus der Mitverhaftung seiner Grundstücke entstehenden Risikos festzusetzen.

2. OLG. **29** 222 (München). Bei Wandelung des Kaufes eines Ochsengespanns gegen Rückgabe des Kaufpreises ist der Streitwert nach dem Interesse zu bestimmen, das der Kläger an der Auflösung des Vertrags hat.

3. R. **14** Nr. 646 (München). Der Streitwert eines Prozesses über die Wirksamkeit der Kündigung eines Kommanditisten deckt sich mit dem Betrage der zurückgeforderten Einlage und des verweigerten Nachschusses.

4. **RG.** R. **14** Nr. 1293. Der Streitwert einer Klage auf Unwirksamkeit einer Sicherungsübereignung wird nicht ohne weiteres schon dadurch geändert, daß die übereigneten Sachen inzwischen weiter veräußert sind.

5. OLG. **29** 78 (KG.). Streitwert der Klage auf Löschung des Nießbrauchs.

6. ElsLothJZ. **14** 551 (Colmar) über den Streitwert für die Widerspruchsklage gegen einen Arrest.

7. OLG. **29** 8 (Hamburg). Streitwert bei der Klage auf Herausgabe von Lebensversicherungsscheinen.

8. OLG. Colmar JDR. **12** Nr. I 2 jetzt auch ElsLothJZ. **14** 79.

§ 4. 1. MecklZ. **32** 331 (Rostock). Wertsberechnung bei der Widerspruchsklage auf Aufhebung einer wegen Haupt- und Nebenforderung bewirkten Pfändung.

2. R. **14** Nr. 497 (Stuttgart). Im Falle der Wandelung des Kaufvertrags über ein Tier sind die bis zum Vollzuge der Wandelung erwachsenden Fütterungskosten stets Nebenansprüche.

§ 6. 1. Besitz. a) BadRpr. **14** 44 (Karlsruhe). Die Vorschrift findet nicht nur auf die eigentlichen Besitzklagen, sondern auch auf diejenigen Klagen Anwendung, mit denen auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses die Erlangung des Besitzes angestrebt wird, insbesondere bei Klagen auf Übergabe aus Kauf. Es ist also der Wert der Sache, nicht das von der Dauer der Vorenthaltung des unmittelbaren Besitzes abhängige Interesse des Klägers maßgebend. **b)** R. **14** Nr. 377 (Colmar). Der Streitwert einer Klage, mit welcher beantragt wird, den Beklagten zu verurteilen, eine gewisse Menge gekaufter Waren in einem bestimmten Zeitraum abzurufen, bestimmt sich gemäß § 6 nach dem Preise der Ware, deren Abruf verlangt wird.

2. Arrestbefehl. R. **14** Nr. 1857 (München). Der Streitwert eines Arrestbefehls bemißt sich nach dem Betrage der Forderung, sofern nicht der Arrest auf Gegenstände beschränkt ist, die einen geringeren Wert haben.

3. Vormerkung. R. **14** Nr. 2492 (BayObLG.). Der Anspruch auf Vormerkung zur Sicherung einer Hypothekbestellung ist geringer als der künftige Hypothekenbetrag zu bewerten.

4. Über R. **14** Nr. 947 (Cöln) vgl. oben § 3 Nr. II 1.

§ 7. **RG.** BayRpflZ. **14** 192. § 7 kann nicht auf persönliche Dienstbarkeiten angewendet werden.

§ 10. OLG. **29** 80 (München). § 10 ist auch anwendbar, wenn die Einrede der Unzuständigkeit durch ein Zwischenurteil des Landgerichts verworfen worden ist. Wenn auch der § 275 Abs. 2 die Berufung gegen die die prozeßhindernde Einrede verwerfenden Urteile ausdrücklich zuläßt, so ist diese Vorschrift eben nur mit der aus der Sonderbestimmung des § 10 sich ergebenden Einschränkung zu verstehen.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

§ 14. OLG. **29** 80, SächsOLG. **35** 102 (Dresden). Garnisonort einer Militärperson bei einem Kommando, dessen Dauer von vornherein auf mehr als sechs Monate bemessen ist, ist der Ort, an den sie kommandiert ist.

§ 17. LeipzZ. **14** 201 (Colmar). Generalagenturen einer Versicherungsgesellschaft sind nur Zweigniederlassungen, soweit sie im Einzelfall überhaupt als Nieder-

lassungen anzusehen sind, und können als solche nur den besonderen Gerichtsstand des § 21 begründen.

§ 23. KGBl. **14** 72 (LG. I Berlin). Zuständigkeit für die Zustellung einer vollstreckbaren Urkunde an einen im deutschen Schutzgebiete wohnhaften Schuldner.

§ 24. SächsOLG. **35** 269 (Dresden). Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache für Klagen aus § 1144 BGB. auf Herausgabe des Hypothekenbriefs.

2. **RG. 82** 20, ElsLothJZ. **14** 51. Handelt es sich nicht um eine Eintragungsbewilligung auf Grund schuldrechtlicher Verpflichtung, sondern um eine Grundbuchberichtigung in Ansehung einer Verfügungsbeschränkung, insbesondere um Geltendmachung einer bestehenden dinglichen Belastung, so ist die Klage auf Wiedereintragung eines irrtümlich gelöschten Rechtes im dinglichen Gerichtsstande, nicht im Gerichtsstande des Wohnsitzes zu erheben.

§ 29. 1. R. **14** Nr. 647 (Nürnberg). Vereinbarung des Verkäuferwohnsitzes als Erfüllungsort für den Kaufpreis erstreckt sich nicht auf die Zuständigkeit für den Wandelungsprozeß.

2. BreslauAK. **14** 13 (Breslau). Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Grundstückskäufers.

3. BadRpr. **14** 4 (Karlsruhe). Gerichtsstand der unerlaubten Handlung oder des Erfüllungsorts, wenn es sich um die Verpflichtung zu einer Unterlassung handelt.

§ 32. I. Allgemeines. SchlHolstAnz. **14** 157 (Kiel). Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist an jedem Orte begründet, an welchem eine der Handlungen begangen ist, die als wesentliches Merkmal des Tatbestandes anzusehen sind.

II. Einzelfälle. 1. HansGZ. **14** Beibl. 122. Es war nicht die Absicht des Gesetzgebers, in allen Fällen einer Anwendung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts am Orte der gewerblichen Niederlassung eventuell des Wohnsitzes festzusetzen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2883. Unter § 32 fallen auch die Klagen aus § 1 RHaftpflG. Setzt sich der Tatbestand eines Eisenbahnunfalls über mehrere Gerichtsbezirke fort, so sind die mehreren gleichwertigen Gerichtsstände begründet. Gleiches gilt für die Vertretungsbefugnis des Eisenbahnfiskus.

3. **RG.** JW. **15** 251 und BadRpr. **14** 115 (Karlsruhe). Für Ansprüche auf Grund von § 30 Ziff. 1 und 2 KO. ist § 32 nicht anwendbar (anders BadRpr. **13** 126, vgl. JDR. **12** Nr. 5 a).

4. **RG.** R. **14** Nr. 1294. Eine nach § 31 Nr 1 KO. anfechtbare Rechtshandlung ist eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 32 ZPO.; die Klage kann daher dort erhoben werden, wo die anfechtbaren Hypothekenabtretungen und Umschreibungen stattgefunden haben.

5. PosMSchr. **13** 145 (Königsberg). Der Gerichtsstand gilt auch für den auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 739 mitverklagten Ehemann.

6. SeuffA. **69** 34 (Hamburg). Wird die Abwehrklage des eingetragenen Zeicheninhabers nicht allein auf die objektive Verletzung eines absoluten Rechtes gestützt, sondern (gleichgültig, ob ein solches Recht vorhanden ist oder nicht) auch damit begründet, daß der Beklagte durch eine unerlaubte Handlung den Kläger geschädigt habe und daß weitere derartige Schädigungen zu befürchten seien, so wird die Unterlassung als Teil des zu gewährenden Schadensersatzes gefordert (**RG. 56** 286), und alsdann ist für die Klage der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gegeben, mag neben der Unterlassung noch weiterer Schadensersatz gefordert werden oder nicht.

7. **RG.** WarnE. **14** 380. Wenn ein Fahrgast bei einer Nachtfahrt sich eine Erkrankung zugezogen hat, weil der Eisenbahnwagen nicht genügend geheizt war, so wird der Eisenbahnfiskus durch jede Eisenbahndirektion vertreten, deren Bezirk der Zug unter der behaupteten schädigenden Kälteeinwirkung durchfahren hat.

8. Verteilung der Einzeltatbestände einer unerlaubten Handlung auf mehrere Gerichtsbezirke. **RG.** JDR. **12** Nr. 3 jetzt auch GruchotsBeitr. **58** 473.

§ 33. 1. BadRpr. **14** 55 (Karlsruhe). Die Bestimmungen über die Klagänderung finden auf die Widerklage ebensowenig Anwendung wie diejenigen über die Erhebung und Zurücknahme der Klage.

2. **RG.** ElsLothJZ. **14** 52. Verneinung der Zulässigkeit einer Widerklage gegenüber der Anfechtungsklage aus § 30 PrEnteignG.

§ 36. 1. LeipzZ. **14** 201 (Colmar). Die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36 Nr. 3 kann nicht erfolgen, wenn mehrere verschiedene Versicherungsgesellschaften bei verschiedenen Gerichten des gemeinschaftlichen oberen Gerichts nicht ihren Sitz, sondern nur Generalagenturen, Hauptbevollmächtigte oder Agenten haben. Durch deren Vorhandensein würde nur ein besonderer Gerichtsstand gegeben sein, nicht aber ein allgemeiner, wie ihn § 36 Nr. 3 voraussetzt.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2279. Die Vorschrift der Nr. 6 findet auch auf Zuständigkeitsstreite bezüglich der Kostenfestsetzung Anwendung.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1439. Ist die Zuständigkeitsvereinbarung in offensichtlichen Zusammenhang mit dem Erfüllungsorte gebracht, so ist sie im Zweifel als ausschließlich anzusehen.

2. BadRpr. **14** 56 (Karlsruhe). Der Gerichtsstand an dem als Zahlungs- und Erfüllungsort vereinbarten Wohnsitz einer Partei zur Zeit des Vertragsschlusses besteht auch dann fort, wenn die Partei nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ihren Wohnsitz in einen anderen Bezirk verlegt hat.

3. BadRpr. **14** 3 (Karlsruhe). Die Vereinbarung eines Gerichtsstandes begründet keine Vermutung für seine Ausschließlichkeit.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

§ 50. 1. ElsLothJZ. **14** 532 (Colmar) über Parteifähigkeit und gesetzliche Vertretung der nach dem WasserG. vom 11. 6. 02 gebildeten Syndikatskommission.

2. OLG. **14** 83 (Braunschweig). Entstehung und Vertretung von Gewerkschaften. Vgl. auch JDR. **12** Nr. **6** b.

§ 52. *Goldschmidt, Festgabe für Brunner 121 Anm. 1. Das Prozeßführungsrecht ist Teil des Klagegrundes.

§ 56. BuschsZ. **43** 396 (Colmar) über die Beziehung der Delikts- zur Prozeßfähigkeit.

§ 57. SächsRpflA. **14** 253 (Dresden). Eine Verpflichtung zur Übernahme des Amtes besteht nicht.

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

§ 62. 1. *Breme, Der Weg über mehrere Grundstücke, DNotV. **14** 383 bis 390. Die Eigentümer der dienenden Grundstücke, über die der Wegezug einer Grunddienstbarkeit führt, bilden keine notwendige Streitgenossenschaft, weder bei einer Feststellungsklage und der Klage aus Art. 187 EGBGB., noch auch bei einem Verlegungsanspruch aus § 1023 BGB. Denn es handelt sich um rechtlich voneinander unabhängige Grunddienstbarkeiten, einerlei, ob von vornherein die Grunddienstbarkeiten von verschiedenen Eigentümern bestellt waren, oder ob das zunächst einheitliche Grundstück durch Abveräußerung von Teilen in verschiedene dienende Grundstücke zerlegt ist. Auch liegt kein Gesamtrecht vor. Die tatsächliche Abhängigkeit reicht auch nur soweit, als durch Fortfall eines der Rechte, verbunden mit einer dauernden endgültigen Unmöglichkeit, auf den übrigen Grundstücken

den Inhalt des Rechtes auszuüben, der Bestand der anderen Rechte berührt werden kann. Der in Anspruch genommene Eigentümer eines der dienenden Grundstücke kann sich also nur darauf berufen, daß die Ausübung des Rechtes dauernd unmöglich sei, was aber nicht schon dann der Fall ist, wenn der Berechtigte an einem zwischenliegenden Grundstück ein Recht nicht hat. Der Einwand ist dann ein materieller, nicht prozessualer.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1441. Verklagt der Vater seine sämtlichen Kinder auf Feststellung der Nichtehelichkeit, weil er mit ihrer Mutter nicht verheiratet gewesen sei, so sind die verklagten Kinder notwendige Streitgenossen.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 66. 1. KGBl. **14** 42 (KG.). Zulässigkeit der Nebenintervention im Ehescheidungsprozesse.

2. **RG.** PosMSchr. **13** 146. Eine Nebenintervention ist auch in einem die Wiederaufhebung einer Entmündigung bezweckenden Verfahren (§§ 675—679) zulässig.

§ 67. I. **RG.** LeipzZ. **14** 1204. Hat der Nebenintervenient allein das erfolglose Rechtsmittel eingelegt und ist der Beklagte in dieser Instanz gar nicht aufgetreten, so ist der Nebenintervenient allein in die Kosten der Revisionsinstanz zu verurteilen.

II. **RG.** WarnE. **14** 286. Beweisanerbieten des Nebenintervenienten gegenüber einem für wahrheitsgemäß angesehenen außergerichtlichen Geständnisse des Beklagten.

§ 68. 1. *Pagenstecher, RheinZ. **6** 494 Anm. 6. § 68 läßt sich nicht zur Verteidigung der prozessualen Rechtskrafttheorie verwerten (gegen Heim).

2. **RG.** R. **14** Nr. 1703. Die Vorschrift trifft nach ihrem Wortlaute nicht den Fall, daß der Regreßkläger zur Beseitigung von Einreden des früheren Nebenintervenienten jetzt die Unrichtigkeit ihm nachteiliger Feststellungen des ersten Urteils behauptet.

§ 70. SeuffA. **69** 25, R. **14** Nr. 2494, OLG. **29** 25 (Stettin). Die bloße Angabe: „Das Interesse des Beitritts ergibt sich aus der Streitverkündung“ genügt der obligatorischen Formvorschrift der „bestimmten“ Angabe des Interesses nicht. Vgl. auch HansGZ. **14** Beibl. 95 (Hamburg).

§ 71. **RG.** JW. **14** 154, R. **14** 225, PosMSchr. **14** 146. Auch wenn über die Zulässigkeit der Nebenintervention nicht durch Zwischenurteil, sondern durch das zur Hauptsache ergangene Endurteil entschieden worden ist, kann die Entscheidung über die Nebenintervention nur mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden (vgl. **RG. 38** 402, JW. **04** 178). Daher kein Rechtsmittel, wenn das OLG. die Nebenintervention für unzulässig erklärt (§ 567 Abs. 2).

§ 72. 1. Eichbaum, Streitverkündung für den Fall des Obsiegens, LeipzZ. **14** 1521—1523.

2. Becker, Streitverkündung für den Fall des Obsiegens, LeipzZ. **14** 843 bis 845.

§ 76. Gillis, Gewährleistung und laudatio auctoris. Mit einem sprachwissenschaftlichen Beitrage von Siebs.

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

Literatur: Düringer, Durchbrechung des Anwaltszwanges, LeipzZ. **14** 321—325. Saar, Über den Anwaltszwang, DRZ. **14** 353—355.

§ 78. Abs. 1. **RG. 83** 1 ff. Gegenüber der Regel, daß im Anwaltsprozesse die Parteien sich durch einen beim Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, bildet die im § 27 Abs. 2 RAO. für die mündliche Verhandlung gestattete Vertretung durch jeden anderen, also auch durch einen bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassenen Rechtsanwalt, eine Ausnahme. Es handelt sich dabei

aber weder um eine nur bedingte noch auch um eine durch Gegenausnahmen auf bestimmte Fälle beschränkte Ausnahme von jener Regel. Vielmehr hat das Gesetz die Ermächtigung zur Übertragung und zur Übernahme der Vertretung für die mündliche Verhandlung den danach handelnden Rechtsanwälten ganz allgemein, also bedingungslos und ohne jede Einschränkung erteilt. Es ist ihrem eigenen pflichtgemäßen Ermessen überlassen, ob und inwieweit ein Anlaß besteht, von dieser gesetzlichen Befugnis Gebrauch zu machen. — Die zu Unrecht erfolgte Zurückweisung des bei dem OLG. nicht zugelassenen Rechtsanwalts bildet einen Revisionsgrund.

§ 81. OLG. **29** 26 (KG.). Die in der Prozeßvollmacht gemäß § 81 enthaltene Ermächtigung „zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten" gibt dem Prozeßbevollmächtigten nicht auch das Recht, eine sich auf diese Kostenforderung beziehende Aufrechnungserklärung des Gegners entgegenzunehmen.

§ 82. OLG. **14** 86 (München). Durch die Aufstellung eines anderen Anwalts für die Hauptsache wird die Vollmacht des für den Arrest bestellten Anwalts nicht widerrufen.

§ 85. **RG.** R. **14** Nr. 2280, WarnE. **14** 192. Eine tatsächliche Behauptung des Anwalts darf nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil der Anwalt hinzufügt, Information habe er darüber nicht.

§ 89. 1. **RG.** JW. **15** 146. Die Entscheidung über einen Antrag auf einstweilige Zulassung nach § 89 ist, ebenso wie die Entscheidung über einen Antrag auf Vertagung, Sache des verständigen richterlichen Ermessens und der Anfechtung durch Beschwerde nicht unterworfen; wenn jedoch nach Lage der Sache die Ablehnung der einstweiligen Zulassung sich als eine Verletzung des die ZPO. beherrschenden Grundsatzes der Gewährung erschöpfenden rechtlichen Gehörs darstellt, dann kann aus diesem Grunde die Ablehnung rechtlich beanstandet werden, wie dies hinsichtlich der Ablehnung eines Vertagungsantrags vom RG. (vgl. **RG. 81** 324) ausgesprochen ist.

2. HansGZ. **14** Beibl.71 (Hamburg). Ein zur einstweiligen Prozeßführung zugelassener Vertreter haftet nur für die Kosten, die durch seine Zulassung entstehen, nicht für die Prozeßkosten überhaupt. — Eine voll anerkannte Bevollmächtigtenstellung kann sich später in eine nur noch einstweilige Zulassung verwandeln, z. B. wenn der Gegner auf Grund des formellen Rechtes des § 80 Abs. 2 nachträglich die Beibringung einer beglaubigten Vollmacht verlangt.

3. OLG. **29** 53 (Dresden). Wer fälschlich als Vertreter eines Vereins belangt wird, hat keinen Anspruch auf Kostenerstattung.

4. SächsOLG. **35** 285, OLG. **29** 52 (Dresden). Die Vorschrift des § 89 Satz 1 gilt auch, wenn die vom Gegner verlangte Beglaubigung der Vollmacht nicht beigebracht wird.

§ 91. Literatur: Foerder, Die Erstattungsfähigkeit der Gebühren aus § 42 der Rechtsanwaltsgebührenordnung, JW. **15** 128—132. — Hawlitzky, Die Gebühren der Rechtskonsulenten, JW. **15** 132—134. — Leo, Die Kostenpflicht im Interventionsprozesse, LeipzZ. **14** 1514—1517.

I. LeipzZ. **14** 1234 (KG.). Anwendung dieser Bestimmung gegen denjenigen, welcher als Beklagter auftritt, obgleich die Klage gegen ihn nicht gerichtet war und nicht gerichtet werden sollte.

II. Erledigung der Hauptsache. 1. BuschsZ. **44** 126 (Dresden). Kostenerstattungspflicht nach bürgerlichem Rechte im Rechtsstreit, insbesondere bei Erledigung des Klagantrags vor der Klagerhebung.

2. Aufrechnung. a) KGBl. **14** 116 (KG.). Der Kläger, der die Klage zurückgenommen hat, ist auch dann in die Kosten des Rechtsstreits zu verurteilen, wenn er den Kostenanspruch des Beklagten durch Aufrechnung getilgt hat. b) LeipzZ. **14** 1577 (München). Hält der Kläger nach Erhebung der Auf-

rechnungseinrede seinen Klaganspruch aufrecht, so ist er bei Abweisung der Klage als unterliegender Teil im Sinne des § 91 zu erachten und hat daher auch die vor der Erhebung der Aufrechnungseinrede entstandenen Kosten zu tragen.

3. **RG.** ElsLothJZ. **14** 52. Den Kläger treffen die gesamten Kosten des Rechtsstreits, wenn sich der Klaganspruch während des Prozesses erledigt, er aber gleichwohl beim Klagantrage verharrt.

4. Aufrechterhaltung eines unbegründeten Klagantrags bei späterer Erledigterklärung. OLG. **29** 87 (München). Wer einen schon vor der Klagezustellung erledigten und daher unbegründeten Anspruch durch die Klagerhebung geltend macht, hat nach § 91 die Kosten auch dann zu tragen, wenn er den Anspruch demnächst bei der mündlichen Verhandlung für erledigt erklärt. In gleicher Weise also fallen auch demjenigen die Kosten zur Last, der den während des Rechtsstreits durch Erledigung unbegründet gewordenen Anspruch aufrechtgehalten hat, selbst wenn er ihn nachträglich als erledigt bezeichnet.

5. R. **14** Nr. 1704 (Stuttgart). Wenn der eingetragene Inhaber eines Gebrauchsmusterschutzrechts mit der Klage Feststellung dahin begehrt, daß dem Beklagten kein Recht an dem Gebrauchsmuster zustehe, und das Gebrauchsmuster im Laufe des Rechtsstreits erlischt, so hat Kläger die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

III. Umfang des Erstattungsanspruchs. 1. Berufung und Anschlußberufung. a) R. **14** Nr. 500 (Stuttgart). War die Berufung nur beschränkt eingelegt, in der Beschränkung aber von Erfolg, und war der Berufungsbeklagte zur Tragung der Kosten des Berufungsverfahrens verurteilt, so kann der Berufungskläger nicht Erstattung der Gebühren seines Anwalts nach der vollen Höhe des ursprünglichen Streitgegenstandes deswegen verlangen, weil der Anwalt mit der Prüfung der Sache in deren vollem Umfange betraut gewesen sei. b) OLG. **27** 102 (Naumburg). Bei Zurücknahme der Berufung sind die Kosten einer nur angekündigten Anschlußberufung nicht erstattungsfähig.

2. Notwendige Kosten. Gestellung von Zeugen. OLG. **29** 33 (München). Ob eine Prozeßhandlung sachdienlich oder aber überflüssig war, ist für die Kostenerstattung nicht hinterher, sondern nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme zu beurteilen, allerdings nicht aus dem subjektiven Empfinden des Handelnden heraus, sondern objektiv, nach verständiger Auffassung im Rechtsverkehre. Der Beklagte konnte unmöglich im voraus wissen, ob das Gericht sich zur Glaubhaftmachung mit einem oder zwei Zeugen begnügen würde, besonders da auch Inhalt und Tragweite der einzelnen Aussagen sich nicht sicher vorausbestimmen ließ. Der Beklagte hat daher durch Gestellung von fünf Zeugen die Grenzen entsprechender Rechtsverteidigung nicht überschritten.

3. Kosten mehrerer Anwälte. JW. **14** 215 (Hamm). Die Kosten zweier Rechtsanwälte beim Mahnverfahren wegen einer Forderung von mehr als 600 M. und nachfolgender Verweisung an das Landgericht sind erstattungsfähig.

4. Inkassogebühr des Rechtsanwalts. WürttRpflZ. **14** 158 (Stuttgart). Die Inkassogebühr des Rechtsanwalts, der eine Forderung beitreibt, ist vom Schuldner zu ersetzen.

5. Kosten für Stundungsgesuche in der Vollstreckungsinstanz. JW. **14** 55 (LG. Halle). Die Kosten der durch Stundungsgesuche des Schuldners veranlaßten Korrespondenz in der Vollstreckungsinstanz fallen nicht unter den Schreibgebührenpauschsatz und sind neben diesem erstattungsfähig.

6. OLG. **29** 33 (Celle). Kosten einer Beweissicherung gegen den Zedenten des Klägers.

7. Kosten für Lichtbilder und Ortsbesichtigung. R. **14** 499,

BayRpflZ. **14** 52 (München). Als Prozeßkosten sind in Wettbewerbsprozessen auch die Auslagen des Klägers für Lichtbilder und Ortsbesichtigung zur Feststellung der Reklameart anzusehen, um die Klage vorzubereiten.

8. Zeitversäumnis der Partei. HessRspr. **14** 57 (Darmstadt). Der Partei steht für Zeitversäumnis bei Instruktion ihres an demselben Orte wohnenden Rechtsanwalts kein Anspruch auf Vergütung zu.

9. Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Patentanwalts? **a) RG.** LeipzZ. **14** 200. Man kann als zweckentsprechend im Sinne des § 91 anerkennen, daß der Kläger mit Rücksicht auf die bei dem Patentamte zur Klagerhebung erforderlichen Ermittlungen die Klage durch einen Patentanwalt vorbereiten ließ, so daß ihm die hierfür verauslagten Beträge, soweit sie gemäß § 91 angemessen erscheinen, durch die Beklagte zu ersetzen sind. **b)** R. **14** Nr. 1860 (Stuttgart). Die Erstattungsfähigkeit der im Patentprozesse durch Zuziehung eines Patentanwalts erwachsenen Kosten wird regelmäßig von der Beschaffenheit des einzelnen Falles abhängen. Die Persönlichkeit der Partei, namentlich der Grad ihrer allgemeinen und technischen Bildung, daneben die Schwierigkeit und Abgelegenheit des technischen Sondergebietes werden dabei vorzugsweise in Betracht kommen. **c)** LeipzZ. **14** 200 (Colmar). Ob die Kosten eines in einem Warenzeichenprozesse von der obsiegenden Partei zugezogenen Patentanwalts erstattungsfähig sind, ist davon abhängig, ob es sich in dem Rechtsstreit um schwierige technische Fragen handelt, zu deren Beurteilung es besonderer technischer Kenntnisse bedarf, oder ob keine derartigen, sondern andere tatsächliche oder lediglich rechtliche Fragen zur Entscheidung stehen. Verneint für einen Rechtsstreit, dessen Gegenstand lediglich die Fragen waren, ob das für den Kläger eingetragene Warenzeichen „Hella“ mit dem später für die Beklagte eingetragenen Zeichen „Stella“ verwechselungsfähig sei im Sinne des § 20 WarenZG. und ob die Waren, für die die Beklagte das Zeichen „Stella“ hatte eintragen lassen, den Waren, für die das Wort „Hella“ bereits zugunsten des Klägers eingetragen war, gleich oder gleichartig seien. **d)** MschutzuWettbew. **14** 28, OLG. **29** 34 (Naumburg). Eine Mitwirkung von Patentanwälten wird in der Regel nur bei Erstattung von technischen Gutachten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nötig sein, darüber hinaus zur Info mation des Prozesses höchstens dann, wenn es sich um schwierige technische Fragen handelt, keinesfalls aber dann, wenn die Schwierigkeit der Sache nur in der Prüfung der rechtlichen Gesichtspunkte besteht.

§ 92. 1. **RG.** R. **14** Nr. 3020. Abs. 2 setzt ein teilweises Unterliegen in der Sache voraus; hat eine Berufung nur den Erfolg, daß an Stelle eines in erster Instanz auferlegten richterlichen Eides ein solcher in abgeänderter Fassung auferlegt wird, so ist ein Erfolg in der Sache selbst noch nicht erzielt, dieser vielmehr noch von der Eidesleistung abhängig.

2. **RG.** R. **14** Nr. 89. Aus Abs. 2 darf nicht gefolgert werden, daß auch dem Kläger, wenn er nur zum Teil obsiegt, sämtliche Prozeßkosten auferlegt werden dürfen.

3. **RG.** WarnE. **14** 171. Die Kosten der Revisionsinstanz sind gegeneinander aufzuheben, wenn sich die Anschlußrevision erledigt, weil die Revision wegen Mangels der Revisionssumme als unzulässig verworfen wird.

§ 93. Literatur: Levin, Sofortiges Anerkenntnis bei Interventionsklagen, KGBl. **14** 27—28.

I. *Reichhelm, BuschZ. **44** 264. Wenn gegen den Beklagten in der Hauptsache ein Anerkenntnisteilurteil ergangen ist, so kann er im weiteren Verfahren wegen der Kosten nicht mehr geltend machen, daß der Kläger wegen Unbegründetheit der Klage die Kosten tragen müsse; er ist vielmehr auf die Einwendung des § 93 — keine Veranlassung zur Erhebung der an sich begründeten Klage — beschränkt.

II. Einzelfälle. a) KGBl. **14** 72 (LG. II Berlin). Geeignete Mittel der Glaubhaftmachung des Eigentums des Intervenienten. **b)** SeuffA. **69** 121 (Braunschweig). Kosten der Widerspruchsklage bei sofortigem Anerkenntnisse des pfändenden Gläubigers. Der Umfang der Darlegungspflicht des Dritten vor der Klagerhebung richtet sich nach den Umständen des Falles. **c) RG.** LeipzZ. **14** 968. Kostenlast beim Anerkenntnis eines Schadensersatzanspruchs, der mit einem sog. Blankettantrage geltend gemacht wird. **d)** OLG. **29** 40, SächsOLG. **35** 88 (Dresden). Der Beklagte, der den Hauptanspruch anerkennt, kann ihn nicht für die Kostentragung bestreiten; a. M. OLG. **23** 113 (KG.) und SächsOLG. **29** 453 (Dresden). **e)** Bay. RpflZ. **14** 214 (Nürnberg). Kosten des Verfahrens bei Zurücknahme des Antrags auf einstweilige Verfügung wegen Veränderung der Umstände. Vgl. JDR. **12** I 1 a. **f)** WürttJ. **26** 179 (Stuttgart). Zur Frage der Klageveranlassung bei der hypothekarischen Klage. **g)** OLG. **29** 37 (Breslau). Bei der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß § 739 ZPO. kann § 93 zur Anwendung kommen. Vgl. JDR. **12** II 5. **h)** OLG. **29** 36 (Hamburg). Für die Anwendbarkeit des § 93 ist im Nachverfahren (§ 600 ZPO.) kein Raum.

§ 97. 1. **RG.** PosMSchr. **13** 146. Hat der Nebenintervenient das Rechtsmittel eingelegt und die Hauptpartei sich an dem Rechtsmittelverfahren durch Stellung von Anträgen nicht beteiligt, so fallen die Kosten des Rechtsmittels allein dem Nebenintervenienten zur Last. Vgl. JDR. **12** 1.

2. **RG.** ElsLothJZ. **14** 52. Hat in Ehesachen die obsiegende Partei Revision zu dem Zwecke eingelegt, die Scheidungsklage zurückzunehmen, so hat sie die Kosten der Revision zu tragen.

3. Kosten der Anschlußrevision s. § 566.

§ 99. Literatur: Sperber, Rechtsmittel gegen Entscheidungen, die den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären, KGBl. **14** 65—68.

I. Abs. 1. Erledigung der Hauptsache. **a) RG.** R. **14** Nr. 797. Ist der Antrag auf Verurteilung des Beklagten, die Zustimmung eines Dritten zu einem Rechtsgeschäfte herbeizuführen, vor Einlegung der Berufung durch die erfolgte Zustimmung des Dritten erledigt, so ist die Berufung gegen das die Klage abweisende Urteil unzulässig, auch wenn damit beantragt ist, das Urteil abzuändern und die Hauptsache für erledigt zu erklären. **b) RG.** R. **14** Nr. 798. Der Umstand, daß in dem abweisenden Teilurteil nicht über die Kosten entschieden ist, macht, wenn der Kläger vor Einlegung der Berufung befriedigt ist, die gleichwohl eingelegte Berufung nicht zulässig. **c)** SeuffA. **69** 250 (Jena). Berufung gegen das dem Widerspruche stattgebende Urteil, wenn sich der Arrest nach dem Urteil erledigt hat. **d)** HansGZ. **14** Beibl. 196 (Hamburg). Die Beschränkung des Rechtsmittels nach § 99 Abs. 1 findet auch im Kostenfestsetzungsverfahren Anwendung.

II. Abs. 2. **a)** BreslauAK. **15** 9 (Breslau). Unzulässigkeit der Berufung gegen ein Urteil, das über die gesamten Kosten eines in der Hauptsache teils durch Anerkenntnis, teils in anderer Weise erledigten Rechtsstreits befindet. **b)** FrankfRundsch. **48** 143 (Frankfurt). Bloß teilweise Erledigung der Hauptsache begründet keine selbständige Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt.

III. Abs. 3. **a)** Blanckmeister, R. **14** 23. Auch gegen ein Urteil, das zwar nur über die Kosten des Rechtsstreits entscheidet, diese Entscheidung aber von einem richterlichen Eide abhängig macht, ist die sofortige Beschwerde und nicht die Berufung gegeben. Gegen diese durch den Sinn und den Wortlaut des Abs. 3 begründete Auffassung ist insbesondere aus dem § 477 Abs. 3 ZPO. ein Bedenken nicht herzuleiten. **b) RG.** R. **14** Nr. 1861, WarnE. **14** 186. Eine Entscheidung in der Hauptsache liegt vor, wenn der Kläger beantragt hat, die Sache für erledigt zu erklären, während das Gericht die Klage entsprechend dem Antrage des Beklagten abgewiesen hat. **c)** OLG. **29** 88 (München). Darauf, ob eine Entscheidung in der

Hauptsache veranlaßt war oder nicht, hat es nicht anzukommen, sondern darauf, ob in der Hauptsache entschieden ist. Der Ausspruch, die Hauptsache sei erledigt, ist nur dann keine Entscheidung, wenn dieser Umstand unter den Parteien nicht streitig war. **d)** OLG. **29** 45 (Zelle). Ist bloß über die Kosten entschieden, obwohl die Erledigung der Hauptsache streitig ist, so kommt doch Abs. 3 zur Anwendung. Für die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels muß außer Betracht bleiben, welche Entscheidung nach dem Streitstande hätte erlassen werden müssen; für diese Frage kann nur entscheidend sein, welche Entscheidung das Gericht hat geben wollen (vgl. **RG. 60** 317, OLG. **25** 77), und für die Erforschung des Willens kann dabei nur maßgebend sein, was in der Entscheidung unzweideutig ausgedrückt ist. Vgl. auch OLG. **29** 46 (KG.). **e)** OLG. **29** 47, R. **14** Nr. 1443 (Braunschweig). In der Aufhebung eines Versäumnisurteils liegt noch nicht ohne weiteres eine Entscheidung zur Hauptsache. Nur die auf Grund der neuen Verhandlung erlassene Entscheidung über den Klaganspruch kann eine Entscheidung in der Hauptsache im Sinne des Abs. 3 enthalten. Hier waren die Parteien zur Zeit des angefochtenen Urteils, welches das Versäumnisurteil aufhob, darüber einig, daß die Hauptsache erledigt sei. Das Urteil enthält deshalb eine materielle Entscheidung nur über die Kosten (JW. **01** 365), so daß es mit der Beschwerde anfechtbar ist (GruchotsBeitr. **45** 1091, OLG. **17** 125; a. M. OLG. **17** 118 [Hamburg]). **f)** BadRpr. **14** 22 (Karlsruhe). Ein Urteil, das dahin lautet: „Die Hauptsache wird für erledigt erklärt und insoweit das Versäumnisurteil vom 31. Mai 1913 aufgehoben; die Kostenentscheidung des genannten Versäumnisurteils wird aufrechterhalten", enthält keine Entscheidung in der Hauptsache und ist daher gemäß § 99 Abs. 3 hinsichtlich seiner Kostenentscheidung mit sofortiger Beschwerde anfechtbar. **g)** ElsLothJZ. **14** 293 (Colmar). Wenn auf eine Restitutionsklage durch das Landgericht als früheres Berufungsgericht ein Urteil ergeht, welches nur über die Kosten entscheidet, so ist dagegen die sofortige Beschwerde nach § 99 nicht zulässig. **h)** FrankfRundsch. **48** 150 (Frankfurt). Die Anwendung des Abs. 3 ist zu verneinen, wenn die Parteien sich über einen Teil des Rechtsstreits verglichen haben, über den restlichen Teil aber eine Entscheidung ergangen ist. **i)** KGBl. **14** 97 (LG. III Berlin). Wer gegen ein Kostenurteil ein unzulässiges Rechtsmittel eingelegt hat, kann nicht nebenbei oder nachträglich das zulässige Rechtsmittel einlegen. — Da der Kläger sofortige Beschwerde eingelegt hat, ist die nachträgliche, wenn auch noch rechtzeitige Einlegung der Berufung unzulässig. **k)** SeuffA. **69** 115 (München). Keine weitere Beschwerde wegen der Kosten, wenn gegen eine Entscheidung in der Hauptsache Berufung nicht zulässig war.

§ 100. R. **14** Nr. 2697 (Stuttgart). Siegt nur ein Streitgenosse ob, so kann er in der Regel nur den auf ihn entfallenden Teil der gemeinschaftlichen Kosten, insbesondere der Anwaltsgebühren, also in der Regel einen Kopfteil vom Gegner ersetzt verlangen. Vgl. JDR. **12** 2.

§ 102. I. *Gutfeld, JW. **14** 616 ff. § 102 ist nur bei Verstößen gegen einzelne Prozeßvorschriften anwendbar, nicht bei Erhebung eines materiell unbegründeten Anspruchs. Wissenschaft und Praxis geben freilich auf die Frage keine erschöpfende Antwort.

II. Einzelvorschriften. **a)** BreslauAK. **14** 15 (Breslau). Drohender Fristablauf enthebt den Anwalt nicht der Verpflichtung, vor Einreichung der Beschwerde deren Zulässigkeit zu prüfen. **b)** OLG. **29** 50 (KG.) über die Einklagung eines unbegründeten Anspruchs. **c)** KGBl. **14** 73 (KG.). Anwendung gegenüber einem Rechtsanwalte.

§ 103. I. Willenbücher, Siméon und Fischer, Das Kostenfestsetzungsverfahren und die deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte nebst den landesgesetzlichen Vorschriften in Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden erläutert. 8. Aufl. (Berlin 1914).

II. **RG.** JW. **14** 882. Dem Gläubiger ist unverwehrt, die Vollstreckungskosten statt des Verfahrens aus § 788 auf dem Wege des § 103 festsetzen zu lassen.

§ 104. R. **14** Nr. 226 (Braunschweig). Gerichtskosten, für die auch der Gegner der Gerichtskasse haftet, können erst nach ihrer Entrichtung liquidiert werden. Vgl. auch BuschsZ. **44** 268 und JDR. **12** III.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 109. OLG. **29** 59 (München). Mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Berufungsurteils nach § 708 Nr. 7 ist die vom LG. ausgesprochene vorläufige Vollstreckbarkeit eine unbedingte geworden; damit sind die Vollstreckungswirkungen eingetreten. Es kommt sohin eine vorläufige Vollstreckbarkeit nach § 710 nicht mehr in Frage; die Bezugnahme auf § 713 ist schon deshalb unbehelflich, weil im Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich bestimmt ist, daß § 713 auf die im § 708 Nr. 7 bezeichneten Urteile keine Anwendung findet. Damit fällt die Anwendbarkeit des § 715; es kommt lediglich § 109 in Frage.

§ 110. I. **RG. 83** 428. Grundsätzlich haben ausländische Kläger dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten. Eine Befreiung von dieser Pflicht tritt nach Abs. 1 Nr. 1 nur ein, wenn in gleichem Falle, d. h. in einem gleichartigen Prozesse, nach den Gesetzen des fremden Staates auch ein Deutscher zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet sein würde. Auf den Umfang der Sicherheit und den Zeitpunkt der Fälligkeit kann es nicht ankommen. Der Sinn des § 110 ist nicht etwa der, daß der Ausländer immer gerade insoweit und in dem Maße sicherungspflichtig wäre, als es ein Deutscher im Auslande sein würde; die ZPO. kennt vielmehr nur eine vollständige Befreiung von der Sicherungspflicht oder volle Sicherungspflicht, und die vollständige Befreiung greift nur Platz, wenn auch der ausländische Staat einem Deutschen volle und unbedingte Sicherungsfreiheit gewährt. Gewährt er solche nicht, so kann nach deutschem Rechte vom Ausländer von vornherein Sicherheit für die Prozeßkosten aller Instanzen verlangt werden.

II. OLG. **29** 60 (KG.). Perser sind vom Ausländervorschuß befreit.

Siebenter Titel. Armenrecht.

§ 114. I. OLG. **29** 90, BayRpflZ. **14** 51 (München). Kein Armenrecht zur Erklärung des Anerkenntnisses. Der Gesuchsteller will sich nicht verteidigen, sondern den Anspruch vorbehaltlos anerkennen und mittels des Armenrechts lediglich den Unterschied zwischen den Kosten eines Versäumnis- und eines Anerkenntnisurteils ersparen. Dazu bedurfte er allerdings eines Anwalts (§ 78); allein ein solches Anerkenntnis fällt nicht unter den Begriff der Rechtsverteidigung, mag man ihn auch noch so weit ausdehnen, und es kann ihm hierzu ein Anwalt nicht beigeordnet werden.

II. BuschsZ. **44** 505 (Kiel). Bei Veräußerung des rechtshängigen Anspruchs ist das Armenrecht der Partei nur dann zu bewilligen, wenn zugleich auch der Inhaber des Rechtes, für den materiell der Prozeß geführt wird, unvermögend ist. Vgl. JDR. **12** III.

III. Keine Bewilligung des Armenrechts an den Testamentsvollstrecker. **RG.** JDR. **12** Nr. I jetzt auch SeuffA. **69** 116.

IV. BuschsZ. **44** 270 (Cassel). Personen ohne Staatsangehörigkeit als Ausländer.

§ 115. Literatur: Foerder, Der Korrespondenzarmenanwalt, R. **14** 393. — Hipp, Kann die arme Partei auf das Recht, im Anwaltsprozesse die Beiordnung eines Anwalts zu verlangen, verzichten und kann wegen eines solchen Verzichts das Armenrechtsgesuch abgelehnt werden? LeipzZ. **14** 1525—1527. — Rabe, Kann das ersuchte Gericht einen Armenanwalt beiordnen? JW. **14** 560.

I. **RG.** JW. **14** 771. Dem Armenanwalte steht auch beim Vorliegen eines wichtigen Grundes ein jederzeit ausübbares Recht der Kündigung des Auftrags oder ein Recht der Kündigung des Dienstvertrags nicht zu.

II. OLG. **29** 61 (KG.). Anspruch der armen Partei auf kostenfreie Erteilung zweier Urteilsausfertigungen.

§ 119. I. **RG.** R. **14** Nr. 1706. Die Beiordnung des Armenanwalts für die Berufungsinstanz gilt auch für das nach Aufhebung des Berufungsurteils durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht vor diesem stattfindende weitere Verfahren.

II. OLG. **29** 61 (KG.). § 119 Schlußsatz gilt nicht auch für das Nachverfahren des § 540.

§ 121. I. SächsOLG. **35** 278, OLG. **29** 62 (Dresden). Abtretung der im Armenrecht eingeklagten Forderung ist kein Grund zur Entziehung des Armenrechts.

II. OLG. **29** 62 (Düsseldorf). Ebensowenig wie der Anwalt seine Enthebung von den Pflichten als Armenanwalt verlangen kann, weil die Rechtsverfolgung aussichtslos sei, kann er dies mit der Begründung, daß ihn die Partei ohne Information und ohne Vollmacht lasse. Jedenfalls steht dem Armenanwalte kein Rechtsbehelf zu, durch den er das der armen Partei durch § 115 Nr. 3 gegebene Recht auf geeignete Vertretung im Anwaltsprozesse seiner Wirkung berauben könnte.

§ 124. I. OLG. **29** 64 (München) — vgl. JDR. **12** III —. Der Armenanwalt kann, wenn er für die Partei schon vor der gemäß § 115 Nr. 3 erfolgten Beiordnung tätig gewesen ist, als eigenen Anspruch vom Gegner nur jene Gebühren- und Auslagenforderung beitreiben, die ihm gegen seine Partei seit jener Beiordnung erwachsen ist. Die Prozeßgebühr und die berechneten zwei Verhandlungsgebühren (für je eine streitige Verhandlung im Wechselprozeß und im ordentlichen Verfahren) sind nun dem A. zweifellos zu einer Zeit erwachsen und von ihm verdient gewesen, da er der Beklagten noch nicht als Armenanwalt beigegeben war. Diese Gebühren nebst Pauschsätzen konnte er daher nur für die Beklagte selbst vom Kläger erstattet begehren und festsetzen lassen. D a g e g e n:

II. OLG. **29** 65 (Düsseldorf). Allerdings verleiht der § 124 dem Armenanwalte nur das Recht, die in dieser Eigenschaft ihm zustehenden Gebühren vom Gegner einzufordern. Auch hätte dem Beschwerdeführer die zur Entlohnung der gesamten Tätigkeit des Anwalts außerhalb der mündlichen Verhandlung bestimmte Prozeßgebühr ohne Zweifel zugestanden, wenn sein Auftrag vor seiner Bestellung zum Armenanwalt erledigt gewesen wäre. Damit ist aber noch nicht entschieden, daß ihm die Gebühr für die Tätigkeit nicht zukommt, die er als Armenanwalt entfaltet hat. Wäre der Beschwerdeführer erst gleichzeitig mit seiner Beiordnung als Armenanwalt zum Prozeßbevollmächtigten bestellt worden, so könnte ihm die Prozeßgebühr nicht verweigert werden. Es geht nicht an, den Kreis der ihm als Armenanwalt nach § 124 zustehenden, zur Ermöglichung seiner Befriedigung bestimmten Rechte lediglich deshalb zu beschränken, weil er in der Annahme schon früher für die Partei tätig wurde, daß diese zur Erstattung seiner Gebühren in der Lage sein werde. Ausschlaggebend für die Befugnis des Anwalts zur Einziehung der Prozeßgebühr vom Gegner der armen Partei ist vielmehr der Gesichtspunkt, daß die Tätigkeit, für die ihm die Gebühr zusteht, auch während des Zeitraums ausgeübt und damit verdient worden ist, in dem er als Armenanwalt tätig war.

III. R. **14** 91, ElsLothJZ. **14** 477 (Colmar). Wenn ein Rechtsanwalt die Festsetzung der Prozeßkosten für die von ihm vertretene Armenpartei nachgesucht und erwirkt hat, so kann er nicht nachträglich noch einen zweiten Kostenfestsetzungsbeschluß gemäß § 124 ZPO. eigenen Namens beantragen.

§ 125. N a c h z a h l u n g s p f l i c h t n a c h d e m A b l e b e n d e s A r m e n, ü b e r d e s s e n N a c h l a ß d i e N a c h l a ß v e r w a l t u n g a n-

geordnet ist. OLG. **29** 90 (München). Infolge der Anordnung der Nachlaßverwaltung zur Befriedigung der Gläubiger des Klägers bildet die Nachlaßmasse ein gesondertes Vermögen und ist den Erben die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß gesichert (§§ 1975, 1985, 1986 BGB.); eine Beeinträchtigung der Erben bezüglich des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts kann deshalb überhaupt nicht in Frage kommen. Die nachträgliche Einziehung der Kosten vom Nachlaßverwalter, dem als Vertreter der Nachlaßmasse das Armenrecht nicht bewilligt werden konnte, und der sich daher hinsichtlich der seit der Aufnahme des Prozesses durch ihn erwachsenen Kosten überhaupt nicht auf die einstweilige Kostenbefreiung nach § 115 berufen kann, hat für die Erben höchstens den Entgang eines Vermögensanfalls zur Folge, nämlich dann, wenn die Nachlaßmasse gerade durch die Befriedigung der nachgeforderten Beträge vollständig aufgebraucht wird und mit Rücksicht darauf keine an die Erben auszuantwortende Masse mehr verbleibt; sie vermag selbst dann den Erben nicht zum Nachteile zu gereichen, wenn der Nachlaß überschuldet sein sollte.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

§ 128. *Pagenstecher, Praktische Unterschiede bei Anwendung der sogenannten Offizialmaxime im Zivil- und Strafprozesse, RheinZ. **6** 551, führt aus: Ist eine Tat nur strafbar, wenn ein zivilistisches Rechtsverhältnis besteht, so muß der Strafrichter den Angeklagten schon dann freisprechen, wenn es ihm zweifelhaft ist, ob das Rechtsverhältnis besteht. Wird dagegen in einem Zivilprozesse, wo Offizialmaxime gilt, auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses geklagt, so darf der Richter keineswegs stets die Klage abweisen, wenn es ihm zweifelhaft ist, ob das Rechtsverhältnis besteht. Denn damit würde er ja das Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses feststellen. Es kommt hier darauf an, aus welchen Gründen es dem Richter zweifelhaft ist, ob das Rechtsverhältnis besteht. Sind z. B. nur die rechtserzeugenden, nicht aber die rechtsvernichtenden Tatbestände feststellbar, läßt sich also die Frage, ob das erwiesenermaßen entstandene Rechtsverhältnis nachträglich erloschen sei, nicht mit Sicherheit beantworten, so hat der Richter der Klage stattzugeben, also das Bestehen des Rechtsverhältnisses, dessen Existenz ihm zweifelhaft ist, festzustellen. Und zwar gilt das selbst dann, wenn der Richter es für wahrscheinlicher hält, daß das Rechtsverhältnis erloschen sei, also nicht (mehr) bestehe. Nur wenn er überzeugt ist, daß es erloschen ist, hat er die Klage abzuweisen. Deshalb kann der Strafrichter an ein rechtskräftiges Zivilurteil auch dann nicht gebunden sein, wenn das Zivilurteil in einem von der Offizialmaxime beherrschten Verfahren erging (gegen Kohler und Kuttner). Vgl. unten Ziff. 2 zu § 322.

§ 129. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Der Anwalt ist verpflichtet, bevor er den Auftrag zur Vertretung einer Partei annimmt, eine möglichst erschöpfende Information einzuziehen. Die Verletzung dieser Pflicht und die unterlassene rechtzeitige Verarbeitung des gesammelten Stoffes sind unentschuldbare Verfehlungen gegen die prozessuale Arbeitsgemeinschaft. Ihnen hat das Gericht mit allen gesetzlichen Mitteln entgegenzutreten, der Gegner jede Nachsicht zu verweigern. Die vorbereitenden Schriftsätze sollen die wesentlichen Tatsachen in gedrängter Kürze enthalten.

§ 130. I. **RG.** R. **14** Nr. 2497. Bei bestimmenden Schriftsätzen, wozu auch der Einspruch gehört, muß die Unterschrift handschriftlich vollzogen sein. Die Miteinreichung einer handschriftlich beglaubigten Abschrift für den Gegner genügt nicht. Vgl. IDR. **11** zu § 340 (KG.).

II. Ebenso für die Berufungsschrift **RG.** LeipzZ. **14** 686.

§ 136. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Aufgabe der Prozeßleitung ist die gesetzmäßige und zweckmäßige Durchführung des Verfahrens. Die richterliche Prozeßleitung ist nicht auf Abwarten, sondern auf selbständiges und zielbewußtes Vorgehen gestellt (Grundsatz der Aktivität). Die Prozeßleitung umfaßt nicht nur die Befugnisse, die ihr das Gesetz ausdrücklich beilegt, sondern alle, die aus seinem Geiste folgen und der Erfüllung ihrer Aufgaben dienen. Richter und Anwälte haben in gemeinsamer Arbeit dem Rechte zu dienen (Grundsatz der Arbeitsgemeinschaft). Die Aufgabe der Prozeßleitung während der mündlichen Verhandlung ist nach der äußeren (formalen) Seite darauf gerichtet, für Ordnung und Übersichtlichkeit zu sorgen und alles Zweckwidrige und Unnütze fernzuhalten. Die Reihenfolge der auf dieselbe Zeit angesetzten Verhandlungen bestimmt ohne Rücksicht auf den Terminszettel der Prozeßleiter.

§ 137. R. **14** Nr. 799 (Braunschweig). Das Gericht hat den Inhalt eines Schriftstücks als vorgetragen anzusehen, wenn es sich an Stelle des mündlichen Vortrags mit der Bezugnahme auf das Schriftstück zufrieden gibt.

§ 138. Ullrich, Das fingierte Geständnis im Urkunden- und Wechselprozesse, BuschsZ. **44** 57—64.

§ 139. Literatur: **Pfeiffer, Richterliche Fragepflicht, R. 14** 258.

I. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Die formale Vorprüfung der Klage und Rechtsmittelschriften ist auch nach der ZPO. zulässig und zur Abwendung von Nichtigkeiten Pflicht der richterlichen Prozeßleitung. Die Ausübung des richterlichen Fragerechts kann schriftlich vorbereitet und daher vor der mündlichen Verhandlung auch auf sachliche Mängel hingewiesen werden. Die Bestellung eines Berichterstatters in schwierigeren Sachen ist zu empfehlen. Da aber sämtliche Mitglieder des Kollegiums für die sachgemäße Ausübung der Fragepflicht mit verantwortlich sind, so sollen alle Beisitzer in solchen Sachen die Akten lesen. Die Ausübung des Fragerechts ist nicht lediglich Dienstvorschrift, sondern Rechtspflicht gegenüber den Parteien; ihre Verletzung ist Gesetzesverletzung. Das Fragerecht ist ein Recht des einzelnen Richters, jeder Richter für die Ausübung der Fragepflicht verantwortlich. Die Parteien haben nach der ZPO. kein Recht auf gegenseitige Befragung. Sie kann vom Gerichte zugelassen werden, wenn es der Wahrheitsermittlung dienlich ist. Die Fragepflicht bezweckt Abgabe aller für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen. Soweit diese Feststellung in Betracht kommt, ist immer „Anlaß" zur Ausübung des Fragerechts gegeben, auch Anwälten gegenüber. Die Fragepflicht bezieht sich nicht auf unsubstanziierte Parteibehauptungen, die von vornherein unglaubwürdig erscheinen. Es ist darauf zu halten, daß abstrakte Rechtsbehauptungen durch Angabe der bestimmten einzelnen Tatsachen ersetzt werden. Die Ausübung des Fragerechts umfaßt auch die Erörterung der Rechtsfrage. Die Parteien sollen nicht erst aus dem Urteil erfahren, worauf es ankommt. Die Fragepflicht will Ergänzung und Vervollständigung des Parteivorbringens herbeiführen, nicht aber die Geltendmachung von Einreden und Gegenrechten, deren Ausübung im Belieben der Parteien steht. Doch ist bei der Auslegung des prozessualen Vorbringens der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.

II. Einzelfälle. a) **RG.** LeipzZ. **14** 480, GruchotsBeitr. **58** 1067, JW. **14** 313, R. **14** Nr. 649. Ist für eine behauptete Tatsache Beweis angetreten und dieser Beweis erhoben, so ist im Anwaltsprozesse das Gericht nicht verpflichtet, nach weiteren Beweismitteln zu fragen; das Ergebnis des Beweisverfahrens ist Gegenstand der weiteren mündlichen Verhandlung; sie ergibt, ob die Partei mit der Möglichkeit zu rechnen hat, daß der Beweis noch nicht als erbracht angesehen werden könnte, und für die Vorschrift des § 139 besteht kein Bedürfnis mehr, denn die Partei ist durch einen rechtskundigen Anwalt vertreten, der sich ein eigenes Urteil über das

Beweisergebnis bilden kann. Insbesondere besteht keine Fragepflicht, ob für den Fall des Mißlingens der sonstigen Beweise ein Eid zugeschoben wird. Vgl. JDR. 12 II 2. b) **RG.** LeipzZ. 14 477. Es kann niemals Aufgabe des Richters sein, eine Partei zu einem Beweisantritt im landgerichtlichen Prozeß „anzuhalten". Eine solche Prozeßleitung würde über den Rahmen der Verhandlungsmaxime hinausgehen. Am allerwenigsten könnte ein „Anhalten der Partei" zu einem Beweisantritte bei dem Beweismittel des Augenscheins in Frage kommen, den das Gericht nach § 144 Abs. 1 von Amts wegen anordnen kann. Ob es von dieser Befugnis Gebrauch machen will, ist seinem Ermessen überlassen; ein Revisionsangriff kann auf die Unterlassung nicht gestützt werden. c) BayObLG. **15** 1. Durch die Anwendung des § 139 ZPO. soll nur das Sachverhältnis in tatsächlicher Beziehung klargestellt, die Erläuterung unklarer Anträge herbeigeführt und auf die Bezeichnung der Beweismittel hingewirkt werden. Dagegen ist es nicht Aufgabe des Vorsitzenden, einer Partei die Geltendmachung von ihr nicht vorgebrachter Klagegründe an die Hand zu geben oder ihr Einreden, auf deren Geltendmachung sie auch verzichten kann, nahezulegen. d) KGBl. 14 97 (KG.). Eine sachgemäße Ausübung des Fragerechts liegt nur dann vor, wenn erforderlichenfalls durch Vertagung der Verhandlung die Möglichkeit zur Erklärung gegeben wird. Vgl. JDR. 12 III. e) **RG.** R. 14 Nr. 800. Steht ein Anspruch aus § 831 in Frage, so ist es nicht die Aufgabe des Gerichts, den Beklagten auf den ihm vom Gesetz verstatteten Entlastungsbeweis oder auf die Lücken des von ihm etwa geführten Beweises besonders aufmerksam zu machen. Vielmehr muß es der Partei überlassen bleiben, die Rechte, die ihr das Gesetz ausdrücklich verleiht, selbst zu verfolgen. f) **RG.** WarnE. 14 326. Wird eine in einem vorbereitenden Schriftsatz angekündigte Eideszuschiebung nicht vorgetragen, so hat das Gericht zu erörtern, ob dies versehentlich unterblieben ist.

§ 141. Literatur: Heuer, Persönliches Erscheinen einer Partei vor einem ersuchten Richter nach § 141 ZPO., LeipzZ. 14 1512—1514.

*Lafrenz, DJZ. 14 854. Das Prozeßgericht darf auch dem beauftragten und dem ersuchten Richter auflegen, die Partei persönlich „zur Aufklärung des Sachverhältnisses" zu laden (gegen **RG.** JW. **09** 21, SeuffA. **64** 115).

§ 142. BuschsZ. 44 271 (Cassel). Herausgabe von Urkunden, auf die im Tatbestande des Urteils Bezug genommen ist.

§ 143. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Die Einsicht in die von einer Partei an ihren Vertreter gerichteten Informationsschreiben kann zur Erläuterung zweifelhaften Parteivorbringens nützlich sein, die Vorlegung kann aber nicht auf Grund § 143 angeordnet werden.

§ 148. Literatur: Bendix, Aussetzung der Verhandlung bei Teilklagen, R. 14 317—321.

I. OLG. **29** 68 (KG.). Der Ersteher eines Grundstücks klagt auf Einwilligung der Beklagten darein, daß die bei der Zwangsverwaltung hinterlegten Mieten an ihn ausgezahlt werden, und auf Feststellung, daß die Beklagten nicht zur Einziehung weiterer Mieten berechtigt seien. Der Anspruch der Beklagten auf diese Mieten wird daraus hergeleitet, daß ihnen die Ausübung eines für X. bestellten Nießbrauchs überlassen sei. Der Kläger bestreitet aber die rechtsgültige Nießbrauchsbestellung. Da nun der Verwalter des über den Nachlaß des X. eröffneten Konkurses einen jetzt beim RG. schwebenden Rechtsstreit gegen die hier Beklagten betreibt, in dem auch über die Gültigkeit dieses Nießbrauchs zu entscheiden ist, so hat das LG. den gegenwärtigen Rechtsstreit ausgesetzt. Mit Recht rügt die Beschwerde, daß es an der Voraussetzung des § 148 gebricht. Die Entscheidung des anderen Prozesses ist für den gegenwärtigen Fall nicht präjudiziell.

II. OLG. **29** 67 (Rostock). Es ist für genügend zu erachten, wenn das Urteil des anderen Prozesses, ohne das Gericht zu binden, für den Richter des auszusetzenden

Prozesses als ein sein Urteil beeinflussender Punkt in Betracht kommen kann. Das ist aber hier der Fall. Gegenwärtig wird die Kaufpreisklage auf den zwischen den Parteien 1906 geschlossenen Kaufvertrag gestützt, in dem bereits anhängig gewordenen Rechtsstreit der eingeklagte Schaden auf Anfechtbarkeit desselben Vertrags. In beiden Prozessen ist also über denselben Streitpunkt zu entscheiden und es kommt für die im § 148 geforderte Präjudizialität nicht darauf an, daß in dem anderen Prozesse nicht auf Feststellung, sondern auf Leistung geklagt worden ist.

III. R. **14** 453 (Breslau). Im Falle der Geltendmachung mehrerer Teilbeträge desselben Anspruchs in verschiedenen Prozessen ist die Aussetzung der Verhandlung in dem einen oder anderen grundsätzlich unzulässig.

IV. ElsLothJZ. **14** 521 (Colmar). Aussetzung des Rechtsstreits bis zur Entscheidung einer Vorfrage durch das Vormundschaftsgericht.

§ 157. I. Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Die Anwälte sind die berufenen Vertreter der Parteien. Rechtskonsulenten sind regelmäßig zurückzuweisen. Ihren Versuchen, das Gesetz durch Vorschickung anderer Personen zu umgehen, ist entgegenzutreten.

II. GewuKfmG. **14** 324 (GG. Bremen). Geschäftsmäßiges Verhandeln betreibt auch der Bureauvorsteher eines Anwalts, der von diesem als dem Hauptbevollmächtigten mit der Vertretung der Parteirechte betraut ist. Auf die von einem solchen unterzeichnete Klage braucht daher das Gewerbegericht Termin nicht anzusetzen.

Zweiter Titel. Zustellungen.

Literatur: Becker, Die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, JW. **15** 223—226.

§ 168. *Fraeb, Der Zustellungsbevollmächtigte des Zivil- und Strafprozesses, DJZ. **14** 434 f. Nach § 173 erfolgt die Zustellung an den Generalbevollmächtigten sowie an den Prokuristen mit gleicher Wirkung wie an die Partei selbst. Im § 176 ZPO. wird aber angeordnet, daß Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen müssen. Daneben ist nur in Spezialbestimmungen von der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten die Rede. Hieraus könnte entnommen werden, daß im Anwaltsprozesse die Zustellungsbevollmächtigung unstatthaft ist, und daß sie im Parteiprozesse nur in besonderen Fällen zugelassen sei, da andernfalls auch der „Zustellungsbevollmächtigte" im § 173 hätte erwähnt werden müssen. Letzteres dürfte mit Rücksicht auf § 83 Abs. 2 ZPO. unzutreffend sein, weil hiernach eine Vollmacht auch für einzelne Prozeßhandlungen erteilt werden kann. Das Ergebnis ist also, daß im Zivilprozeß im Parteiprozesse bei Nichtvorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten allgemein statthaft ist. Letzten Endes beruhen die gegenwärtigen Unstimmigkeiten auf der beklagenswerten Unklarheit, die die geltenden Prozeßgesetze und die aus ihnen erwachsene Literatur und Rechtsprechung bezüglich des für den ganzen Aufbau des Verfahrens grundlegenden Parteibegriffs leider noch immer beherrscht.

§ 171. OLG. **29** 71, SeuffA. **69** 211 (Naumburg). Zustellung eines Versäumnisurteils an einen Prozeßunfähigen ist nichtig, die nichtige Zustellung hat keine Einspruchsfrist in Lauf gesetzt, der Einspruch ist daher zulässig.

§ 180. **RG.** R. **14** Nr. 1707. In der Flucht einer Person unter Zurücklassung der Einrichtung liegt nicht ohne weiteres das Aufgeben der Wohnung, so daß Ersatzzustellungen dort sofort nichtig wären.

§ 181. I. OLG. **29** 72 (Kiel). Unter „Wohnung" ist die regelmäßige Schlafstelle zu verstehen. Der Schuldner hatte bereits zur Zeit des Erlasses des Arrestbefehls (1. April) seine Wohnung verlassen und war ohne Bekanntgabe seiner Adresse nach Dänemark gereist, wohin ihm einige Tage später seine Frau nachreiste.

Er ist ferner, wie sich aus der späteren Konkurseröffnung über sein Vermögen ergibt, unter Zurücklassung von Schulden auf- und davongegangen, ohne bisher zurückzukehren. Aus alledem folgt, daß er bei seinem Fortzuge nicht die Absicht hatte, in seine Wohnung zurückzukehren, so daß die darin erfolgte Ersatzzustellung unzulässig war.

II. SchlHolstAnz. **14** 47 (Kiel). Ungültigkeit der Ersatzzustellung an die Ehefrau des Schuldners in dessen früherer Wohnung, wenn dieser in der Absicht, die Wohnung aufzugeben, sich daraus entfernt hat.

§ 183. I. OLG. **29** 74 (KG.). Nach dem Inhalte der Urkunde kann nicht bezweifelt werden, daß die Ausdrücke „Verein" und „Vorsteher" im Vordrucke nur aus Mißverständnis beibehalten worden sind. Bei dieser Sachlage kann diesem Mißgriffe keine andere Bedeutung beigemessen werden, als einem offensichtlichen Schreibfehler, der den tatsächlichen Vorgang, wahren Sinn und Beurkundungswillen nicht verhüllt und die Wirksamkeit der Zustellung nicht beseitigt.

II. OLG. **29** 72 (Hamburg). Zustellung der Klage gegen den Gesellschafter im Geschäftslokale der offenen Handelsgesellschaft. Das Geschäftslokal einer offenen Handelsgesellschaft gilt auch als Geschäftslokal der daselbst tätigen Gesellschafter. Als Voraussetzung des § 183 gilt aber, daß — wenn es sich um Zustellung an einen Gesellschafter handelt — dieser auch wirklich dort sein Geschäftslokal hat, wo sich das Geschäftslokal der Gesellschaft befindet. Daß das Geschäftslokal einer offenen Handelsgesellschaft ohne weiteres und unter allen Umständen zugleich als Geschäftslokal eines jeden Gesellschafters ohne Rücksicht auf den Ort seiner wirklichen Betätigung anzusehen wäre, kann aus dem § 183 nicht entnommen werden.

§ 184. **RG.** **83** 417, DJZ. **14** 505, R. **14** Nr. 650. § 184 ist auf die Zustellung einer Klage aus § 271 HGB. an ein Mitglied des Aufsichtsrats nicht anwendbar. Das Gesetz geht davon aus, daß sich der gesetzliche Vertreter während der gewöhnlichen Geschäftsstunden im Geschäftslokal aufzuhalten pflegt. Das gilt wohl von dem mit der Führung der laufenden Geschäfte betrauten Vorstande, nicht aber von den Mitgliedern des Aufsichtsrats.

§ 185. I. KGJ. **46** 94 (KG.). Keine Ersatzzustellung für den zu Entmündigenden an den bei der Entmündigung als Antragsteller Beteiligten.

II. BadRpr. **13** 165 (Karlsruhe). Auch die Zustellung eines Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner darf nicht im Wege der Ersatzzustellung an den Schuldner erfolgen.

§ 187. I. **RG.** R. **14** Nr. 651. Das RG. läßt offen, ob ein Schriftstück schon dadurch „in die Hände" des Adressaten im Sinne des § 187 gelangt, daß es entsprechend einer allgemeinen Anweisung durch den empfangenden Diener einer dritten Person abgeliefert wird, ohne daß der Adressat das Schriftstück jemals zu sehen erhält.

II. **RG.** ElsLothJZ. **14** 52. Im Falle des § 187 ist die Zustellung der Klageschrift, nicht bloß die der darin enthaltenen Ladung, als bewirkt anzusehen. Eine Heilung von Mängeln tritt aber nur bei der sogen. Ersatzzustellung ein; nicht, wenn andere Zustellungsvorschriften verletzt sind, deren Nichtbeachtung die Zustellung ungültig macht.

§ 190. OLG. **29** 75 (Königsberg). Mindesterfordernis ist, daß der Zustellungsbeamte bei der Zustellung eine Urkunde in der Absicht, den Zustellungsakt zu bekunden, errichtet hat. Beim Vorliegen einer mangelhaften Urkunde können die Mängel durch anderweite Beweismittel ergänzt werden.

§ 191. **RG.** R. **14** Nr. 2699, LeipzZ. **14** 1658. Nicht jeder ordnungswidrige Inhalt der Zustellungsurkunde hinsichtlich der Angabe des betreibenden Teiles führt zur Unwirksamkeit der Zustellung.

§ 194. OLG. **29** 79 (KG.). Bei Gebrauch von Stempeln ohne handschriftliche Unterschrift des Gerichtsvollziehers unter dem Übergabezeugnis des Abs. 2

liegt dies Zeugnis nicht in der von der ZPO. allgemein erforderten urkundlichen Form vor; die Zustellungsurkunde des § 194 entbehrt somit eines wesentlichen Teiles und ist überhaupt nicht vorhanden. Darum ist das Urteil überhaupt noch nicht ordnungsmäßig zugestellt, die Einspruchsfrist nicht in Lauf gesetzt, die Voraussetzung für die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses nicht gegeben.

§ 198. **RG.** WarnE. **14** 327, R. **14** Nr. 1863. Der Nachweis, daß der urkundliche Beleg über eine Zustellung nach § 198 unrichtig sei, ist zulässig. Ein Zeugenbeweis hierüber kann nicht abgelehnt werden.

§ 204. SächsOLG. **35** 265 (Dresden). Die öffentliche Zustellung an den Berufungskläger erfordert nur die Anheftung der Berufungsschrift mit der Terminsbestimmung an die Gerichtstafel und nicht auch die Einrückung in Zeitungsblätter.

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 222. **RG.** R. **14** Nr. 379. Abs. 2 trifft alle Fristen der ZPO.

§ 228. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Erscheint eine Sache nicht verhandlungsreif, so ist der anberaumte Termin von Amts wegen zu verlegen. Das Gericht soll die Verhandlungsmöglichkeit angemessene Zeit vor dem Termine prüfen. Es soll in Zweifelsfällen die Anwälte um Erklärung hierüber ersuchen.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 232. Abs. 2. 1. **RG.** JW. **14** 771. Die bürgerlich-rechtliche Verpflichtung des Anwalts, das Verschulden seiner Angestellten gemäß § 278 BGB. zu vertreten, kann nicht dahin führen, dieses fremde Verschulden bei Anwendung des § 232 Abs. 2 als eigenes Verschulden des Anwalts gelten zu lassen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1865, WarnE. **14** 299. Ein eigenes Verschulden des Anwalts liegt vor, wenn sein Bureauvorsteher ein formgerecht zugestelltes Ehescheidungsurteil in der Annahme, es handele sich um die einfache Ausreichung einer erbetenen Urteilsausfertigung, beiseite gelegt hat und der Anwalt mit dem Bureauvorsteher wiederholt darüber gesprochen hat, welche Bewandtnis es mit dem Unterbleiben der Zustellung habe, ohne beim Gerichte selbst nachzufragen.

3. **RG.** LeipzZ. **14** 1118, JW. **14** 314. Die Wiedereinsetzung ist nur unzulässig, wenn die Versäumung der Notfrist in der eigenen Verschuldung des Vertreters (Anwalts) ihren Grund hat. Die die Haftung für fremdes Verschulden begründende Vorschrift des § 278 BGB. greift hier nicht ein. Für die Anwendung des § 232 Abs. 2 kommt es, wenn die Versäumung von dem Bureau des Anwalts verschuldet ist, nur darauf an, ob der Anwalt selbst durch Betätigung der nach Lage der Sache angemessenen und vernünftigerweise zu erwartenden äußersten Sorgfalt die Versäumung hätte abwenden können.

§ 233. I. Ablehnung der Wiedereinsetzung. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 1204. Die Partei, die bis zum letzten Augenblicke mit der Einreichung des Armenrechtsgesuchs gewartet hat, hat keinen Anspruch darauf, daß ihr Gesuch, um ihre bisherige Säumnis unschädlich zu machen, mit einer nach den Regeln des ordentlichen Geschäftsganges nicht gebotenen außergewöhnlichen Beschleunigung behandelt werde.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1867, WarnE. **14** 328. Wenn das Armenrechtsgesuch am letzten Tage vor Ablauf der Revisionsfrist eingereicht wird, so trifft die Partei ein Verschulden an der Versäumung der Revisionsfrist, wenn sie nicht durch besondere Gründe an der früheren Einreichung des Gesuchs verhindert gewesen ist. Vgl. JDR. **12** II 2 e.

3. OLG. **29** 95 (Naumburg). Die Berufungsfrist ist um zwei Tage überschritten worden, weil der dem Kläger vom OLG. bestellte Anwalt im Armenrechtsgesuche die Angabe über die Urteilszustellung vermißte und sich deshalb zunächst an den Anwalt I. Instanz wandte, um nicht Gefahr zu laufen, die Berufung vor der Urteils-

zustellung, also wirkungslos einzulegen. Diese Anfrage und das Abwarten der Antwort hat die Versäumung der Berufungsfrist veranlaßt. Es fiel in den Rahmen der äußersten, nach den Umständen des Falles vernünftigerweise zu erwartenden Sorgfalt, die Berufung alsbald nach Empfang des den Anwalt zur Vertretung des Klägers bestellenden Beschlusses einzulegen. Die Versäumung der Berufungsfrist beruht deshalb nicht auf einem unabwendbaren Zufall im Sinne des § 233. Die Unterlassung seines Vertreters wirkt auch zuungunsten des Klägers selbst.

4. R. **14** Nr. 1584 (Hamburg). Ein unabwendbarer Zufall ist es nicht, wenn bei der Zustellung eines Urteils der Gerichtsvollzieher aus Versehen der Partei, der zugestellt wird, auch die Ausfertigung übergibt, die für die durch einen Anwalt vertretene zustellende Partei bestimmt war.

5. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 677. Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Berufungsfrist kann nicht darauf gestützt werden, daß der Gerichtsschreiber den Eingang der nicht gehörig unterzeichneten Berufungsschrift bescheinigt und diese nicht zur Vervollständigung zurückgegeben hat.

6. **RG.** LeipzZ. **14** 1204, R. **14** Nr. 1444. Es liegt kein unabwendbarer Zufall vor, wenn der den Auftrag an den Anwalt zur Rechtsmitteleinlegung enthaltende Brief von der Partei erst kurz vor Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht eingeschrieben zur Post gegeben wird und verloren geht, so daß infolgedessen die Rechtsmittelfrist versäumt wird.

7. BadRpr. **14** 119 (VerwGerH.). Die Verzögerung der Postbeförderung kann als ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 233 Abs. 1 nur dann gelten, wenn die Partei nicht selbst ein Verschulden an der verspäteten Zustellung trifft und auch das äußerste, nach Lage des Falles vernünftigerweise zu erwartende Maß von Vorsicht und Sorgfalt nicht imstande gewesen wäre, die Einhaltung der Frist zu ermöglichen.

II. Bewilligung der Wiedereinsetzung. 1. **RG.** WarnE. **14** 235. Unabwendbarer Zufall liegt vor, wenn das Armenrecht zwar rechtzeitig bewilligt wird, der beigeordnete Anwalt aber aus dem Beschlusse nicht ersehen kann, ob die arme Partei Berufungsklägerin oder Berufungsbeklagte ist und infolge der Nachfrage die Frist versäumt wird.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1071, R. **14** Nr. 2283. War es möglich, daß über ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die Berufungsinstanz am letzten Tage der Berufungsfrist beraten und beschlossen wurde, und war an diesem Tage das Armenrecht bewilligt, so war der Umstand, daß, nachdem einmal am letzten Tage der Frist das Armenrecht bewilligt war, nicht auch das weiter Erforderliche rechtzeitig geschah, damit noch an diesem Tage die Berufungsschrift bei Gericht eingehen konnte, ein Etwas, worauf die arme Partei keinen Einfluß hatte.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2499. Die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist ist begründet, wenn dem Revisionskläger das Armenrecht bewilligt, seinem Prozeßbevollmächtigten aber infolge eines Versehens des Gerichtsschreibers eine das Armenrecht versagende anstatt bewilligende Ausfertigung des Beschlusses zugestellt worden ist und dieser infolgedessen die Vertretung niedergelegt hat.

4. SeuffA. **69** 371 (München). Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Einspruchsfrist wegen unverschuldeter Unkenntnis von der Ersatzzustellung.

5. ElsLothJZ. **14** 449 (Colmar). Ein unabwendbarer Zufall kann auch darin gefunden werden, daß die Partei von einer öffentlichen Zustellung des Urteils ohne Verschulden keine Kenntnis erhalten hat.

6. Einreichung des Armenrechtsgesuchs 8 Tage vor Ablauf der Rechtsmittelfrist genügt: **RG.** R. **14** Nr. 1297 u. Nr. 1866; ebenso „9 Tage vor Ablauf der Berufungsfrist“: **RG.** R. **14** Nr. 505.

§ 236. I. **RG. 84** 41 ff., LeipzZ. **14** 666, R. **14** Nr. 506. Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist auch dann in der für die versäumte Prozeßhandlung vorgeschriebenen Form zu stellen, wenn die versäumte Prozeßhandlung vor Stellung des Wiedereinsetzungsantrags bereits nachgeholt worden ist. Ist er wirksam dadurch gestellt, daß der vom Prozeßbevollmächtigten der Klägerin unterschriebene Antrag bei dem KG. eingereicht ist, so konnte er diese Wirksamkeit nicht dadurch wieder verlieren, daß die Zustellung vorschriftswidrig nicht von Amts wegen, sondern im Parteibetriebe vorgenommen wurde. Die fehlerhafte Zustellung an den Beklagten hatte nur zur Folge, daß dieser die Ladung zur Verhandlung über die Wiedereinsetzung nicht als eine ordnungsmäßige gelten zu lassen brauchte.

II. LeipzZ. **14** 1725 (Stuttgart). Für den zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erforderten Antrag sind zwar nicht solenne Worte verlangt, doch muß das Gesuch zum Ausdrucke bringen, daß die verspätete Prozeßhandlung trotz ihrer Verspätung noch zugelassen werden möge.

§ 238. R. **14** Nr. 1127 (München). Über die Kosten der Wiedereinsetzung ist nicht im Zwischenurteile, sondern erst im Endurteile zu entscheiden.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

Literatur: Weiskopf, Der Begriff Rechtsnachfolge in der Zivilprozeßordnung. — Bezüglich der durch die Kriegssondergesetzgebung aufgerollten Fragen vgl. Neumanns Kriegsjahrbuch.

§ 240. *Westheimer, JW. **14** 1119 ff. Gerät eine unselbständige Zweigniederlassung eines ausländischen Schuldners im Inland in Konkurs, so kann der Gläubiger der inländischen Zweigniederlassung einen anhängigen Rechtsstreit nur weiterführen, wenn er auf Beteiligung an dem Konkursverfahren über das inländische Vermögen des Ausländers verzichtet. Hat der Gläubiger einen Arrest erwirkt oder eine andere Pfändungsmaßregel durchgeführt, so muß er auf die gegenüber der Konkursmasse bestehenden Absonderungsrechte verzichten. Erklärt der Gläubiger, seine Forderung nicht gegen die Konkursmasse geltendmachen zu wollen, und verzichtet er auf seine Absonderungsrechte im Konkurse, so tritt die Rechtsfolge des § 240 nicht ein. Der Rechtsstreit ist nicht mehr als unterbrochen zu betrachten, er kann gegen den ausländischen Schuldner selbst ohne Rücksicht auf den Konkursverwalter fortgesetzt werden. Vgl. **RG. 25** 17, **29** 73, BadRpr. **07** 182 (Karlsruhe). (Weitere Literatur: Gaupp-Stein zu § 240 I 2 ZPO., ferner in Jäger, KO. § 12 Anm. 1.) Für den Fall, daß der Gläubiger auf die Beteiligung am inländischen Konkursverfahren nicht verzichtet, vgl. Westheimer, JW. **14** 1120.

§ 247. KGBl. **14** 141, DJZ. **14** 1387 (KG.). § 247 ist durch das RGes. vom 4. August 1914 nicht außer Kraft gesetzt. Beide Vorschriften finden auf Angehörige des österreichischen Heeres keine Anwendung. Vgl. auch Güthe-Schlegelberger, Kriegsbuch.

§ 249. I. *Haberstumpf, JW. **15** 205. Während der Unterbrechung des Rechtsstreits kann ein Armenrechtsgesuch nicht vorbeschieden, wohl aber ein Gerichtsgebührenvorschuß erhoben werden.

II. *Pagel, RheinZ. **6** 561—570. Abs. 2 bezieht sich auch auf Vollstreckungshandlungen. Näheres s. unten zu § 719.

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteil.

§ 253. I. *Goldschmidt, Festgabe für Brunner. 1. Die Voraussetzungen der Klagbarkeit, die materielle Beweislast, die Vermutungen und die materielle Rechtskraft gehören dem materiellen Ziviljustizrecht an, d. i. dem in einen Inbegriff

von Rechtsregeln für das Verhältnis der Individuen zum rechtsschutzpflichtigen Staate umgedachten Privatrechte. Materielles Ziviljustizrecht ist der Inbegriff der Rechtssätze, welche an eine bestimmte Privatrechtslage als Tatbestand die staatliche Verpflichtung zu einem entsprechenden, in die Privatrechtslage eingreifenden Rechtsschutzakt knüpfen. Die praktische Bedeutung dieser Erkenntnis liegt insbesondere in der Lehre von der Gesetzeskollision, in der Rubrizierung der Rechtssätze in der Revisionsinstanz, in der Behandlung der Rechtsschutzvoraussetzungen im Prozeß, in der Erfassung der Gestaltungsklagerechte und der Rechte, auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu klagen. — 2. Behandlung der Rechtsschutzvoraussetzungen im Prozesse. — Die sog. spezifischen Rechtsschutzvoraussetzungen (z. B. Fälligkeit des Anspruchs, Voraussetzungen der §§ 257—259 ZPO., Feststellungsinteresse) werden im Prozesse dem materiellen Tatbestande (d. i. vor allem den Voraussetzungen des Privatanspruchs) gleich behandelt. Ihre tatsächlichen Grundlagen unterstehen dem Prinzipe der formellen Wahrheit. Es ist nicht nötig, sie vor dem materiellen Tatbestande zu prüfen. Der für ihr Vorhandensein maßgebende Zeitpunkt ist der Schluß der letzten Tatsachenverhandlung. Bei ihrem Mangel ergeht Sachabweisung.

II. Über die praktische Bedeutung des Streites über den Klagegrund (Individualisierungs- oder Substanzierungstheorie?) in bezug auf die objektiven Grenzen der Rechtskraft vgl. Pagenstecher unten Ziff. 2 zu § 322.

III. Einzelfälle. 1. R. **14** Nr. 507 (Hamburg). Der Vorschrift, daß die Klageschrift die bestimmte Angabe des Grundes und Gegenstandes des erhobenen Anspruchs enthalten müsse, entspricht es nicht, wenn der Klageschrift, die die klagebegründenden Tatsachen selbst nicht enthält, ein Instruktionsschreiben der Partei beigefügt ist, aus dem die Sachlage zur Genüge hervorgeht, mag auch in der Klageschrift auf diese Instruktion ausdrücklich verwiesen sein.

2. **RG.** R. **14** Nr. 93. Bloße gelegentliche Erwähnungen von Tatsachen, welche nicht erkennen lassen, daß besondere rechtliche Folgen daraus gezogen werden sollen, machen diese Tatsachen nicht zum Teile des Klagegrundes.

3. OLG. **29** 85 (München). Klagezustellung durch sämtliche Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins.

§ 254. RG. 84 371 ff. Es ist zunächst durch Teilurteil über die Verpflichtung des Beklagten zur Rechnungslegung zu entscheiden und erst, nachdem dieses Teilurteil, nötigenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung, zur Ausführung gebracht worden ist, über den Anspruch auf die nunmehr bestimmt anzugebende Leistung zu verhandeln und zu erkennen. Dieser Grundsatz ist auch im Versäumnisverfahren anzuwenden. Läßt sich der Beklagte im Verhandlungstermine nicht vertreten, so ist das Versäumnisurteil zunächst auf die Entscheidung über die Rechnungslegung zu beschränken, also nur ein Teilversäumnisurteil zu erlassen; erst nach dessen Ausführung ist später das Verfahren über den zu leistenden Schadensersatz fortzusetzen. Hat das Gericht dessenungeachtet sogleich durch Schluß-Versäumnisurteil in vollem Umfange nach dem Klagantrag auch die Schadensersatzpflicht der Beklagten festgestellt, so ist durch das rechtskräftige Feststellungsurteil das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis unabänderlich so weit festgestellt, als es den unmittelbaren Gegenstand der Entscheidung bildet. In diesem Umfange ist es weiteren Einwendungen der Parteien entzogen und auch vom Richter bei späteren Entscheidungen ohne weitere Prüfung der Richtigkeit als maßgebend hinzunehmen. Zu den hiernach unzulässigen Einwendungen gehört auch die Einrede der Verjährung, so daß der Verpflichtete des Rechtes, wegen Ablaufs der Verjährungsfrist gemäß § 222 BGB. die Leistung zu verweigern, verlustig gegangen ist.

§ 256. I. Literatur. 1. *Goldschmidt, Festgabe für Brunner 128 ff. über den „Feststellungsanspruch", 138 ff. über die Behandlung des Feststellungsinteresses im Prozesse (vgl. oben zu § 253 I).

2. Rechtskraftwirkung eines Eigentumsfeststellungsurteils. *Pagenstecher, RheinZ. **6** 535 Anm. 4. Ist im Prozesse zwischen A. und B. das Eigentum des A. rechtskräftig festgestellt worden, so hat das Urteil nach der materiellen Rechtskrafttheorie folgende Wirkung: 1. War re vera weder A. noch B. Eigentümer, so sind A. und B. verpflichtet worden, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der A. Eigentümer wäre und schon vor dem Urteile gewesen wäre. 2. War B. Eigentümer, so ist durch das (unrichtige) Urteil das Eigentum nunmehr auf A. übergegangen. Daraus ergibt sich das folgende praktische Resultat: B. kann in späteren Zivilprozessen mit dem A. nicht (in beachtlicher Weise) behaupten, daß er (B.) der Eigentümer sei; denn entweder war A. schon vor dem Prozesse Eigentümer, oder er ist es durch den Prozeß geworden (nämlich, wenn B. vorher Eigentümer war), oder B. ist durch das Urteil in der angegebenen Weise verpflichtet worden. C. (auf den sich die Rechtskraft nicht erstreckt) kann dagegen dem A. gegenüber behaupten, er (C.) sei Eigentümer. C. kann aber nicht das Eigentum des A. mit der Begründung bestreiten, daß B. Eigentümer sei. (Der letzte Satz gilt nach der prozessualen Lehre nicht.) Aus alledem folgt aber keineswegs, wie Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils 121, meint, daß A. nur dem B. gegenüber Eigentümer sei und nicht Dritten gegenüber, daß also ein sog. relatives Eigentum vorliege. Der A. ist entweder für alle oder überhaupt nicht Eigentümer. Ob er Eigentümer ist, ist allerdings auch nach dem Urteile noch subjektiv ungewiß. Es hängt das eben davon ab, ob vor dem Prozeß eine der Parteien oder ein Dritter Eigentümer war. Trotzdem hat aber das Urteil seinen Zweck, Rechtsgewißheit zwischen den Parteien über die Eigentumsfrage zu schaffen, erfüllt.

3. Bedeutung eines rechtskräftigen Eigentumsfeststellungsurteils im Strafprozesse. *Pagenstecher, RheinZ. **6** 539 ff. Weist der des Diebstahls Angeklagte in einem Strafprozesse nach, daß in einem Eigentumsfeststellungsprozesse zwischen ihm und dem angeblich Bestohlenen rechtskräftig festgestellt wurde, daß er der Eigentümer der weggenommenen Sache sei, und kommt ein Dritter als Eigentümer nicht in Frage, so ist er ohne weiteres freizusprechen, wenn das Urteil vor der Tat erging. Erging das Urteil dagegen nach der Tat, so muß der Strafrichter nach den für den Strafprozeß geltenden Vorschriften selbständig prüfen, ob der Angeklagte oder der angeblich Bestohlene zur Zeit der Tat Eigentümer war. Vgl. unten Ziff. 2 zu § 322.

Über Ehefeststellungsurteile vgl. oben Ziff. 3 zu § 1565 BGB. und unten Ziff. I zu § 606.

4. Stein, Zur prozessualen Behandlung des Feststellungsinteresses, LeipzZ. **14** 1648—1651.

II. Einzelfälle. 1. Zulässigkeit der Feststellungsklage. a) **RG.** LeipzZ. **14** 667, WarnE. **14** 482. War zur Zeit der Klagerhebung bei der positiven Feststellungsklage das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung gegeben, so bleibt sie zulässig, auch wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger zur Leistungsklage im ganzen oder in einem Teilumfange der Klage überzugehen in die Lage kam (vgl. **RG. 71** 71). **b)** Zulässigkeit bei Ausschließung aus einem Vereine nach rechtswirksamem Austritte. **RG.** LeipzZ. **14** 927, WarnE. **14** 218, R. **14** Nr. 1447. Das aus dem Vereine rechtswirksam ausgetretene Mitglied darf, wenn trotz dieses Austritts nachträglich seine Ausschließung von dem Vereine beschlossen ist, auf Feststellung der Unwirksamkeit dieses Beschlusses klagen, um den mit der Ausschließung verbundenen Makel abzuwehren, dessen Wirkungen in die Gegenwart hineinreichen. **c) RG.** BauersZ. **22** 16, WarnE. **14** 329, LeipzZ. **14** 1040. Feststellungsklage eines Teilhabers, daß der andere nicht berechtigt ist, Auflösung des Gesellschaftsvertrags und Schadensersatz zu verlangen, ist zulässig. **d)** R. **14** Nr. 94, ElsLothJZ.

14 524 (Colmar). Eine Feststellungsklage dahin, daß für die Durchfuhr gewisser Waren Oktroi nicht geschuldet sei, ist zulässig, wenn solche Waren schon unterwegs, wenn auch noch nicht eingeführt, sind, oder der Kläger mit Rücksicht auf die bestehende Ungewißheit die Gefahr wirtschaftlicher Nachteile liefe. e) OLG. 28 166 (Dresden). Die Klägerin erhebt auf Grund des Bierabnahmevertrags nicht etwa einen bestimmten fälligen Anspruch, sondern will allgemein dessen Erfüllung. Die Beklagten sollen künftig das im Geschäfte gebrauchte Bier gemäß dem Vertrage bei der Klägerin abnehmen. Eine Leistungsklage auf künftige Abnahme einschließlich künftigen Abrufs ist aber bei einem Sukzessivlieferungsvertrag unzulässig, mindestens wenn es sich, wie hier, um erst herzustellende Waren, zu brauendes Bier handelt, und auch nicht mit § 259 zu begründen (**RG. 56** 175). Deshalb war der Anspruch insoweit lediglich als Feststellungsklage gewollt. Die Voraussetzungen des § 256 liegen vor. **f) RG.** R. **14** Nr. 2500. Der Kläger braucht nicht auf Leistung, sondern kann auf Feststellung des Bestehens eines gegenseitigen Vertrags klagen, wenn der Beklagte behauptet, der Vertrag sei unter einer Bedingung abgeschlossen, die nicht eingetreten sei. **g)** Berühmung eines Anspruchs. **α. RG.** LeipzZ. **14** 1023, R. **14** Nr. 1128 und 1130. Die Frage, ob die Anmaßung eines Forderungsrechts für denjenigen, dem gegenüber sie erfolgt, das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Nichtbestehens dieses Forderungsrechts begründet, läßt sich nur unter Berücksichtigung der Lage des einzelnen Falles entscheiden. Es ist davon auszugehen, daß bei der zur negativen Feststellungsklage herausfordernden ernstlichen Rechtsberühmung allemal die Wahrscheinlichkeit eher für als gegen die Annahme eines Interesses des Klägers von der alsbaldigen Feststellung spricht. Die Sicherung des Beweises kann nicht der alleinige Zweck der Feststellungsklage sein, aber die Gefahr des Verlustes von Beweismitteln kann zur Begründung des Feststellungsinteresses mitverwertet werden. Eine Gefährdung der wirtschaftlichen Stellung des Klägers ist zum Vorhandensein des Feststellungsinteresses nicht erforderlich. **β.** SeuffA. **69** 38 (Augsburg). Die negative Feststellungsklage ist auch gegen die Berühmung mit einem formell ungültigen Anspruche gegeben. Der Beklagte hatte von der Klägerin, einer Gastwirtswitwe, Zahlung von 3000 M. verlangt und ihr durch einen Anwalt Klage androhen lassen, falls sie nicht zahle. Der Anspruch war darauf gestützt, daß die Klägerin ihm, als ihr Mann noch lebte, 3000 M. versprochen habe, falls sie ihn nach dem Tode ihres Mannes nicht heirate. Der Beklagte wandte gegenüber der Feststellungsklage ein, es fehle das Feststellungsinteresse, da die Nichtigkeit des Anspruchs ohne weiteres erkennbar gewesen sei, weil die für ein Schenkungsversprechen erforderliche schriftliche Form gefehlt habe. Die Feststellungsklage wurde für zulässig erklärt. Die Klägerin mußte aus dem Verhalten des Beklagten schließen, daß das Zahlungsbegehren ernstlich gemeint sei. In einem Briefe hat der Beklagte seinen Anspruch mit einem verwerflichen Verhalten der Klägerin in Verbindung gesetzt und mit Veröffentlichung dieses Verhaltens gedroht. Bei Verwirklichung der Drohung war zu erwarten, daß der Anspruch des Beklagten bekannt und die wirtschaftliche Lage der Klägerin gefährdet würde. Die Klägerin hatte demnach nicht bloß das allgemeine Interesse, zu wissen, ob sie dem Beklagten die 3000 M. schulde, sondern auch das wirtschaftliche Interesse, durch gerichtliche Feststellung des Nichtbestehens des Anspruchs einen Rückgang ihres Geschäfts und eine Beeinträchtigung ihrer Kreditwürdigkeit abzuwenden. **γ.** OLG. **58** 276 (KG.). Zeigt der Beklagte zu den Grundakten an, der Hypothekenerwerb des Klägers beruhe auf anfechtbaren Rechtsgeschäften, so ist sehr wohl denkbar, daß der Kläger dadurch in der Weiterveräußerung beeinträchtigt wird; droht weiter der Beklagte mit der Anfechtung, dann berühmt er sich eines Anfechtungsanspruchs,

und der Kläger ist deshalb zur Erhebung der Feststellungsklage berechtigt. Nachdem der Beklagte Abschrift seiner an das Amtsgericht gerichteten Eingabe dem Kläger zugesandt hatte, war dieser zur Erhebung der negativen Feststellungsklage berechtigt. **h)** **RG.** LeipzZ. **14** 755. Der Schadensersatzanspruch, der aus schuldhafter Verletzung des Körpers eines Menschen entsteht, ist dem Wesen nach ein einheitlicher. Nach der Rechtsprechung des RG. aber schließt die Möglichkeit der Leistungsklage für einen Teil die Feststellungsklage in bezug auf den ganzen Anspruch nicht aus. **i)** **RG.** R. **14** Nr. 3023. Auch eine unbezifferte Leistungsklage auf Schadensersatz (nach richterlichem Ermessen) ist untunlich, wenn die Schätzungsgrundlagen dermalen noch nicht beschafft werden können. Solchenfalls ist die Feststellungsklage allein möglich. **k)** ElsLothJZ. **14** 520 (Colmar). Zulässigkeit der Feststellungsklage, wenn der Kläger den ihm vom Beklagten zugefügten Schaden, namentlich bei einem sich erst allmählich entwickelnden Schadensersatzanspruche, nicht vollständig ziffermäßig angeben kann, sowie dann, wenn der Entschädigungsanspruch für eine noch nicht abgeschlossene Beschädigung aus einer fortwirkenden Ursache in Teilbeträgen und mehreren Prozessen verfolgt werden müßte. **l)** **RG.** R. **14** Nr. 1298. Rechtliches Interesse ist gegeben, wenn es sich um die Ausgleichungspflicht zweier auf Schadensersatz gemeinschaftlich verklagter Personen handelt. Bestreiten des festzustellenden Anspruchs im Prozesse genügt. Vgl. auch R. **14** Nr. 1299. **m)** Feststellungsklage gegen den Gemeinschuldner, welcher eine Urteilsforderung bestritten hat. LeipzZ. **14** 203 (KG.). Das rechtliche Interesse wäre unbedingt zu verneinen, wenn der Schuldtitel ohne weiteres zur Vollstreckung gegen den Gemeinschuldner geeignet wäre. Das ist aber hier in Rücksicht auf die unrichtige Bezeichnung des Vornamens des Beklagten in dem Urteile nicht der Fall. Da der Beklagte lediglich auf diesen formalen Mangel seinen Widerspruch gegen die Urteilsforderung stützt, auch ein Antrag auf Berichtigung des Urteils nach § 319, da es antraggemäß erlassen ist, keinen Erfolg versprechen würde, könnte der Kläger, wenn der Konkurs nicht schwebte, die Vollstreckung wegen des Urteilsanspruchs gegen den Beklagten nur durch Erhebung einer Judikatsklage erreichen, bei der nicht auf materielle Einwendungen des Beklagten mehr einzugehen, sondern lediglich die Identität des Urteilsbeklagten mit dem jetzigen Beklagten zu erörtern wäre. Hiernach muß es aber auch statthaft erscheinen, daß der Kläger, statt die Judikatsklage zu erheben, dasselbe Ziel durch Beseitigung des vom Beklagten im Konkurse gegen die Feststellung der Forderung erhobenen Widerspruchs erreicht. Das rechtliche Interesse an der erbetenen Feststellung ist begründet, weil der bereits vorhandene Schuldtitel eine ausreichende Grundlage für eine Zwangsvollstreckung noch nicht bildet. **n)** **RG.** **83** 354. Zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung muß eine Feststellungsklage erhoben werden, wenn die Leistungsklage wegen des zurzeit noch nicht zu ermittelnden Schadens nicht erhoben werden kann. Ähnlich R. **14** Nr. 1593 (Hamburg).

2. Unzulässigkeit der Feststellungsklage. **a)** **RG.** R. **14** Nr. 1590. Bloße entfernte Möglichkeiten genügen nicht für das Erfordernis des Interesses an alsbaldiger Feststellung. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1077. Das Fehlen des Feststellungsinteresses ist zwar nicht das nämliche wie das Fehlen der Passivlegitimation des Beklagten, aber dieselben Gründe, aus denen das Fehlen der einen folgt, machen auch das andere fehlen. **c)** **RG.** EisenbahnE. **30** 340. In Enteignungssachen ist nach tatsächlicher und rechtlicher Vollziehung der Enteignung die Beschreitung des Rechtswegs nur in der Form der Leistungs-, nicht der Feststellungsklage zulässig (vgl. auch JDR. **12** Nr. II 5). **d)** **RG.** R. **14** Nr. 2502. Eine Klage dahin, daß mit Rücksicht auf ein zwischen dem Kläger und einem Dritten bestehendes Rechtsverhältnis festgestellt werde, daß

ein zwischen dem Beklagten und dem Dritten geschlossener Vertrag unwirksam sei und eine in dem Vertrage bezeichnete Forderung nicht aus dem Vermögen des Dritten in das des Beklagten übergegangen sei, ist unzulässig. **e) RG.** R. **14** Nr. 1131 u. 1589. Hat derjenige, der sich einer Forderung berühmt hat, diese Forderung nachher an einen anderen abgetreten und die Abtretung dem Schuldner der Forderung angezeigt, so ist er gegenüber einer später erhobenen Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung nicht passiv legitimiert. **f) RG.** R. **14** Nr. 1591. Die Klage auf Nichtbestand der abgetretenen Forderung gegen den Zedenten wird nicht dadurch zulässig, daß die Gefahr der Rückabtretung besteht. **g) RG. 84** 390, LeipzZ. **14** 1626. Der Vater eines durch einen Unfall Verletzten kann nicht auf Feststellung klagen, daß der Ersatzpflichtige verpflichtet sei, ihm die notwendigen Aufwendungen zu erstatten, die er auf Grund seiner Unterhaltspflicht für seinen Sohn wegen der Unfallfolgen künftig zu machen habe.

§ 257. Goldschmidt, Festgabe für Brunner, vgl. Ziff. I zu § 253.

§ 258. I. *v. Gierke, JheringsJ. **64** 374 ff. Mit der Klage auf künftige Leistung wird ein von dem Einzelanspruch auf die fällige Leistung verschiedener einheitlicher Gesamtanspruch aus dem auf wiederkehrende Leistungen gerichteten dauernden Schuldverhältnisse geltend gemacht.

II. *Weinmann, Klausurarbeitenpraktikum für das Assessorexamen 12. Mietzinsforderungen fallen nicht unter § 258, auch dann nicht, wenn der Mieter zur Vorleistung verpflichtet ist. Aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrags ist die Möglichkeit gegeben, daß auch der Vorleistungspflichtige unter Umständen seine Vorleistung verweigern darf, z. B. wenn der Vermieter die Mieträume für die vorhergehende Zeit nicht zur Verfügung gestellt hatte oder etwa im Falle des § 321 BGB. Wollte man also gegen den vorleistungspflichtigen Mieter § 258 zur Anwendung bringen (wie z. B. Stein), so würde man ihm diese vom Gesetz eingeräumten Möglichkeiten nehmen.

III. Goldschmidt, Festgabe für Brunner, vgl. Ziff. I zu § 253.

§ 259. I. *v. Gierke, JheringsJ. **64** 368 ff. Eine Klage auf künftige Leistung ist auch die Unterlassungsklage, die den einheitlichen Gesamtanspruch aus dem dauernden Schuldverhältnisse zur Geltung bringt, während die aus dessen Verletzung durch Zuwiderhandeln entspringenden Einzelansprüche nicht auf Unterlassung, sondern auf Ausgleich der Rechtsverletzung gehen.

II. Goldschmidt, Festgabe für Brunner, vgl. oben Ziff. I zu § 253.

III. *Klaholt, GruchotsBeitr. **58** 778 ff. Über die Zulässigkeit der Verbindung der Erfüllungsklage mit der Interesseleistungsklage aus § 283 BGB. (vgl. auch oben zu § 283 BGB.).

IV. **RG.** JW. **14** 937, GruchotsBeitr. **58** 1082, SchlHolstAnz. **14** 243. Der Begriff der „künftigen Leistung umfaßt auch solche Ansprüche, die in ihrem Entstehen noch von dem Eintritte gewisser Tatbestände abhängig sind (**RG. 58** 140, JW. **09** 393). Wenn jedoch ein Anspruch auf eine Geldleistung, der künftig bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zur Entstehung gelangen soll, mit der Klage auf Leistung des Geldbetrags zu diesem Zeitpunkte geltend gemacht wird, so muß sich aus dem Klagevortrag ergeben, daß der Anspruch auch wirklich bis zu dem fraglichen Zeitpunkt zur Entstehung gelangt sein wird; denn sonst kann nicht schon jetzt Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Geldbetrags in dem Zeitpunkte verlangt werden.

§ 260. *Klaholt, GruchotsBeitr. **58** 778 ff. Über die Zulässigkeit der Verbindung der Erfüllungsklage mit der Klage auf Interesseleistung aus § 283 BGB. (vgl. auch oben zu § 283 BGB.).

§ 261. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Die Sollvorschrift des § 261 Abs. 2 ist nicht mechanisch anzuwenden. Bei der Anberaumung des

Termins ist auf die, zur ordnungsmäßigen Vorbereitung der Sache erforderliche Zeit Rücksicht zu nehmen. Es empfiehlt sich, Beweisaufnahmen auf den Beginn oder den Schluß der Sitzung, in jedem Falle so anzuberaumen, daß sie mit der großen Masse der übrigen Sachen nicht zusammentreffen und die für die Vernehmung der Zeugen erforderliche Zeit, Ruhe und Geduld gewährleistet werden.

§ 263. I. **RG.** R. **14** Nr. 2503. Die negative Feststellungsklage bewirkt Rechtshängigkeit gegenüber der späteren positiven Feststellungsklage auch dann, wenn Verjährung der Leistung droht.

II. PosMSchr. **13** 146 (Posen). Auf Grund eines im Ausland anhängigen Rechtsstreits kann einer im Inland erhobenen Klage die Einrede der Rechtshängigkeit nur dann entgegengesetzt werden, wenn das im Ausland ergehende Urteil auch im Inland als Urteil anzuerkennen ist.

III. Streitsache. PosMSchr. **13** 146 (Posen). Gleichheit der Streitsache liegt nicht vor, wenn in dem einen Prozeß auf Herausgabe eines Schuldscheins und in dem andern Prozeß auf Grund des Schuldscheins auf Zahlung der in diesem genannten Schuldsumme geklagt wird.

§ 265. I. BadRpr. **14** 115 (Karlsruhe). Unter § 265 fallen alle rechtsgeschäftlichen Übertragungsakte des dinglichen oder obligatorischen sachlegitimierenden Rechtes; dagegen ist auszuscheiden jeder Verlust des die Sachlegitimation begründenden Rechtes, der nicht zugleich mit einer Übertragung dieses Rechtes an einen anderen verbunden ist, also jede einseitige Rechtsaufgabe mit der Folge des originären Rechtserwerbes.

II. **RG.** WarnE. **14** 137. Das RG. hält daran fest, daß unter der Rechtsnachfolge der ZPO., insbesondere des § 265, nicht bloß die Fälle des abgeleiteten, sondern auch solche des ursprünglichen Erwerbes, insbesondere durch Zwangsversteigerung und Enteignung, fallen (vgl. **RG. 40** 339, **53** 10, **56** 244, **82** 35).

III. a) **RG.** JW. **15** 147. Abs. 2 findet Anwendung auf den Übergang des ganzen Vermögens einer offenen Handelsgesellschaft auf einen der bisherigen Teilhaber. **b)** OLG. **29** 99 (KG.). § 265 ist auf die Übertragung eines Handelsgeschäfts anwendbar.

§ 266. **RG.** R. **14** Nr. 1300. Der Ansteigerer in der Zwangsversteigerung ist nicht nur Rechtsnachfolger des früheren Eigentümers, sondern auch des Nießbrauchers, dessen Recht durch den Zuschlag erloschen ist.

§ 268. I. Klagänderung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2504. Eine Änderung des Klagegrundes liegt vor, wenn die Klage auf Grundstücksrückgabe zunächst auf die Scheinnatur einer fiduziarischen Schiebung, später aber auf die Kündigung eines Verkaufsauftrags gestützt wird.

2. R. **14** 1301 (Colmar). Klagänderung liegt vor, wenn der Kläger von dem Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe eines Nachlasses zu dem Antrag übergeht, festzustellen, daß dem Beklagten keine Pflichtteilsansprüche an dem Nachlasse des Erblassers zustehen.

3. HansGZ. **14** Beibl. 16 (Hamburg). Es ist ohne Klagänderung nicht möglich, daß Witwe und Kinder eines bei einem Unfalle verletzten und während des Prozesses Verstorbenen neben dessen Ansprüchen aus §§ 823, 843 BGB. auch ihre eigenen Ansprüche aus § 844 BGB. geltend machen.

4. OLG. **29** 98 (KG.). Wenn in der Klageschrift aus Wechseln und der nach deren Verjährung eingetretenen Bereicherung gemäß Art. 83 WO. geklagt war, sodann aber in der ersten mündlichen Verhandlung der Anspruch auch auf den der Wechselhingabe zugrunde liegenden Kauf gestützt wird, liegt Klagänderung vor.

II. Keine Klagänderung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1135. Der Übergang von der Klage auf Vorrangeinräumung für noch aufzunehmende Hypotheken zur Schadensersatzforderung, nachdem das Grundstück während des Prozesses zwangs-

versteigert worden ist, ist nach Nr. 3 keine Klagänderung, auch wenn die Hypothek, die zurücktreten sollte, bestehen geblieben ist.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2888. Gegenüber dem auf Zahlung gerichteten Klaganspruch ist das Verlangen auf Zahlung gegen Abtretung eines Anspruchs nicht etwas anderes, sondern ein minderes.

§ 271. I. **RG.** R. **14** Nr. 801. Die Einwilligung zur Zurücknahme einer Klage kann auch durch schlüssige Handlungen erklärt werden.

II. OLG. **29** 101 (Stettin). Verhandeln zur Hauptsache nach Klagerücknahme.

III. OLG. **29** 100 (Colmar). Bei Klagerücknahme nach Einspruch hat der Kläger auch die Kosten eines gegen den Beklagten ergangenen Versäumnisurteils zu tragen.

IV. BuschsZ. **44** 272 (Dresden). Das der Beklagten im § 271 Abs. 3 gewährte formale Recht, die Kostenpflicht der Klägerin durch Urteil aussprechen zu lassen, hat zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß die Beklagte wegen ihrer Kosten nicht schon befriedigt ist, daß also die beantragte Verurteilung nicht von vornherein zwecklos ist.

V. HansGZ. **14** Beibl. 107 (Hamburg). Ist zwischen den Parteien streitig, ob noch ein Teil der Kosten aussteht oder nicht, so ist das einseitige Vorbringen des Klägers über die Höhe der Kosten nicht zu beachten; es ist Kostenurteil zu erlassen und die Entscheidung über die Höhe dem Kostenfestsetzungsverfahren zu überlassen. In diesem ist auch zu prüfen, ob die Herbeiführung des Kostenurteils durch den Beklagten notwendig war oder nicht, und von wem dementsprechend die dadurch erwachsenen Kosten zu erstatten sind.

§ 272. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Bei Vertagung in der mündlichen Verhandlung ist § 271 Abs. 2 zu beachten. Das Gericht hat nach Anhörung der Sachwalter die Fristen für die Vorbereitung der Sache zu bestimmen (Terminsanberaumung unter Mitwirkung der Parteien). Terminsvereitlungen sind im gewissen Umfang unvermeidlich, soweit sie darauf beruhen, daß die Anwälte genötigt sind, vor mehreren Abteilungen desselben Gerichts oder vor mehreren Gerichten aufzutreten. Dieser Übelstand muß mit der Größe der Gerichte zunehmen. Man versuche, ihn durch persönliches Einvernehmen abzuschwächen.

§ 274. I. *Goldschmidt, Festgabe für Brunner 150 ff. Die Prozeß- oder Sachurteilsvoraussetzungen müssen grundsätzlich zur Zeit der Vornahme derjenigen Prozeßhandlung vorliegen, deren Gültigkeit sie bedingen. Fehlen sie zu diesem Zeitpunkte, so ist die betreffende Prozeßhandlung ungültig, und es kann kein Sachurteil ergehen.

II. Einzelfälle. 1. BadRpr. **14** 1 (Karlsruhe). Schiedsrichter oder Schiedsgutachten.

2. OLG. **29** 179 (Hamburg). Keine Einrede des Schiedsvertrags, wenn ein Vertragsschluß geleugnet wird.

3. **RG.** JW. **14** 772. Die Einrede der Rechtshängigkeit kann sich in die im selben tatsächlichen und rechtlichen Grunde wurzelnde Einrede der Rechtskraft verwandeln.

4. R. **14** Nr. 1871 (Posen). Auf Grund eines im Ausland anhängigen Rechtsstreits kann die Einrede der Rechtshängigkeit im Inlande nur erhoben werden, wenn das ausländische Urteil auch im Inland als Urteil anzuerkennen ist.

5. HansGZ. **14** Beibl. 189 (Hamburg). Eine Einrede, über die bereits rechtskräftig entschieden ist, kann nicht mit neuer Begründung nochmals vorgebracht werden.

6. **RG.** JW. **15** 249. Die prozeßhindernde Einrede des nicht erfolgten Kostenersatzes ist nicht zulässig, wenn Kläger beweist, daß ihm bei Erneuerung des Rechtsstreits eine den Gegner belästigende Absicht mangelt.

§ 275. **RG.** WarnE. **14** 330. Die Vorschrift des Abs. 2, wonach das Urteil, durch welches eine prozeßhindernde Einrede verworfen wird, in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen ist, enthält eine Ausnahme von der Regel, daß ein

Zwischenurteil über ein einzelnes Verteidigungsmittel nicht selbständig mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann. Diese Ausnahme ist, wie sich aus dem Zusammenhange des Abs. 2 mit Abs. 1 ergibt, an sich nur dann gegeben, wenn das eine prozeßhindernde Einrede verwerfende Urteil bei Vorliegen der im Abs. 1 bestimmten Voraussetzung erlassen worden ist, wenn also der Beklagte auf Grund der prozeßhindernden Einrede die Verhandlung zur Hauptsache verweigert oder wenn das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die abgesonderte Verhandlung über die Einrede angeordnet hatte. Nach der Rechtsprechung des RG. kann jedoch ein Urteil, das eine prozeßhindernde Einrede des Beklagten verwirft, auch dann, wenn zwar die Voraussetzung des Abs. 1 nicht vorgelegen hatte und also ein Urteil im Sinne des Abs. 2 nicht erlassen werden durfte, aber das Gericht dennoch ein Urteil in diesem Sinne erlassen wollte und nach dem Inhalte des Urteils auch tatsächlich erlassen hat, vom Beklagten selbständig mit einem Rechtsmittel angefochten werden, um ein solches unstatthaftes Urteil zu beseitigen (**RG.** JW. **00** 784, **04** 178, GruchotsBeitr. **53** 1092).

§ 282. Über die materiell-justizrechtliche Bedeutung der materiellen Beweislast vgl. *Goldschmidt, oben Ziff. I zu § 253.

§ 286. Literatur: Gautschi, Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen.

I. Beweisablehnung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1303. Ein Beweisantrag auf Einholung einer schriftlichen amtlichen Auskunft kann ohne Rechtsverletzung abgelehnt werden, auch wenn der Beweissatz erheblich ist. Das Gericht ist an solcher Einholung nicht gehindert, aber auch nicht dazu verpflichtet.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2702. Zur Beischaffung des Strafregisterauszugs eines Zeugen ist das Gericht nur verpflichtet, wenn bestimmte, die Glaubwürdigkeit zweifellos beeinflussende Vorstrafen behauptet sind.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2508. Beweiserbieten des Beklagten über die in dem die gleichen Grundstücke betreffenden Vor-(Teilungs-)prozeß stattgehabten Vergleichsverhandlungen und die Klagebegründung des Vorprozesses darf das Gericht nicht ablehnen, wenn in dem jetzigen Prozeß vom Kläger Ersitzung geltend gemacht wird.

4. **RG.** R. **14** Nr. 3026. Sind die leitenden Gesichtspunkte im Urteile dargelegt, so bedarf nicht jede Beweisablehnung einer besonderen Begründung.

5. **RG.** JW. **15** 37. In solchen besonderen Fällen, in denen sachlich berechtigte Erwägungen vorliegen, aus denen das Gericht zu der Annahme gelangt, die Bekundung eines Zeugen vermöge die Überzeugung des Gerichts nicht zu beeinflussen, darf ausnahmsweise von einer beantragten Zeugenvernehmung abgesehen werden (**RG.** JW. **12** 800). Vgl. auch **RG.** LeipzZ. **14** 390.

6. **RG.** R. **14** Nr. 1136. Die Vernehmung eines Zeugen kann mit der Begründung abgelehnt werden, daß er des Deutschen nur wenig mächtig sei und deshalb zur Widerlegung des anderweitig bestätigten Inhalts der Parteiverhandlungen nicht ausreichend scheine.

7. **RG.** LeipzZ. **14** 686, PosMSchr. **14** 42. Das Gericht kann eine Behauptung nicht deshalb als nicht aufgestellt behandeln, weil der Prozeßbevollmächtigte erklärt hat, er sei zwar nicht vom Kläger dahin informiert, halte es aber für nötig, diese Behauptung aufzustellen.

II. Verwertung der in anderen Prozessen beurkundeten Aussagen. 1 **RG.** R. **14** Nr. 2507. Das Zivilgericht muß zwar auf Verlangen bereits anderweitig gehörte Zeugen neuerdings vernehmen; es ist aber

nicht gehindert, bei der Würdigung der jetzigen Aussage die früheren Bekundungen als Urkundenbeweis heranzuziehen.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2288. Die Verwendung der in einem anderen Prozesse beurkundeten Zeugenaussagen als Urkundenbeweis ist, sofern eine Partei widerspricht und die nochmalige Vernehmung der Zeugen beantragt, auch dann unzulässig, wenn der andere Prozeß zwischen denselben Parteien vor demselben Gerichte noch schwebt und die Beweisaufnahme dieselben Streitpunkte betraf.

3. **RG.** WarnE. **14** 140. Nach feststehender Rechtsprechung darf keine Partei in dem Rechte, der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen beizuwohnen (§ 357) und ihnen Fragen vorlegen zu lassen (§ 397), dadurch verkürzt werden, daß gegen ihren Widerspruch und entgegen ihrem Antrag auf Vernehmung im anhängigen Prozesse die von dem Zeugen oder Sachverständigen in einem anderen Verfahren abgegebenen Aussagen verwertet werden. Die Partei darf verlangen, daß, soweit die Möglichkeit der Vernehmung überhaupt noch besteht, diese im anhängigen Prozeß unter ihrer Zuziehung mit allen Gewährschaften des Parteiprozesses wiederholt werde. Es macht dabei, wenn es sich um die Vernehmung eines Sachverständigen handelt, keinen Unterschied aus, ob im Verhältnis zu der früheren Vernehmung die tatsächlichen Unterlagen der Begutachtung ungeändert bleiben, oder ob es der auf Vernehmung im anhängigen Prozesse dringenden Partei auch gelingt, durch weitere Beweisanträge diese Unterlagen zu ihren Gunsten zu verändern.

III. Beweiswürdigung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 802. Setzt sich das Berufungsgericht mit einer Zeugenaussage in offensichtlichen Widerspruch, so unterliegt es der Aufhebung durch das Revisionsgericht. Hiermit tritt das Revisionsgericht nicht in eine ihm nicht zustehende Nachprüfung der Beweiswürdigung auf ihre tatsächliche Richtigkeit ein; vielmehr beruht die Entscheidung hier auf einer Verletzung des § 286, weil die Feststellung mit der Zeugenaussage, die sie sich zur Grundlage nimmt, in klarem Widerspruche steht.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1448. Die Richtigkeit einer Parteibehauptung über eigene Rechtshandlungen des Gegners kann auch daraus gefolgert werden, daß dieser ihr nicht durch nähere Behauptungen entgegengetreten ist, obwohl er das konnte und mußte.

3. Schätzung der vermutlichen Lebensdauer des tödlich Verletzten. **RG.** LeipzZ. **14** 190. In Ermangelung eines Beweisantritts durfte der Vorderrichter die voraussichtliche Lebensdauer nach freiem Ermessen selbst dann abschätzen, wenn man nicht § 287, sondern § 286 für anwendbar erachtet.

§ 287. I. **RG.** JW. **14** 478. § 287 gilt für die Anwendung des RaG.; ebenso **RG.** JW. **15** 148.

II. **RG. 83** 65. Die dem Tatrichter durch § 287 eingeräumte freie Würdigung der Umstände, aus denen sich ergibt, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch er sich beläuft, umfaßt auch die Abmessung der Dauer einer Rente. Ob und inwieweit bei der Entscheidung über die Dauer der Rente die zukünftige Gestaltung der Verhältnisse vorauszusehen ist, ist nach dem gewöhnlichen, erfahrungsmäßigen Verlaufe der Dinge zu ermessen (vgl. auch JDR. **12** I 2 und LeipzZ. **14** 191).

III. **RG.** R. **14** Nr. 3027. Für den Einwand, daß der Schaden auch ohne Zutun des Beklagten entstanden wäre, ist dieser beweispflichtig; dies gilt insbesondere für die Höhe des Erlöses in einer sonst eingetretenen Zwangsversteigerung.

IV. **RG.** R. **14** Nr. 2289. Sind unmittelbar nach einem Unfalle Krankheitserscheinungen aufgetreten, wie sie nach derartigen Verletzungen vorkommen, und liegen keinerlei Anhaltspunkte für eine andere Ursache vor, so ist der Zusammenhang zu bejahen.

V. **RG.** R. **14** Nr. 1137. Es ist nicht richtig, daß derjenige, welcher eine Kapitalentschädigung fordere, in vollem Umfange für die Höhe des Schadens beweispflichtig sei und ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit nicht, wie beim Rentenanspruche, genüge.

VI. **RG.** LeipzZ. **14** 190. Schätzung der vermutlichen Lebensdauer des tötlich Verletzten.

§ 288. I. **RG.** WarnE. **14** 295. Der Beweiswert eines außergerichtlichen Geständnisses ist nach den Umständen, unter denen es abgegeben ist, gemäß § 286 frei zu würdigen. Wäre im gegebenen Falle die Beklagte zur Angabe der fraglichen Erklärung durch Drohung des Klägers bestimmt worden, so würde dem in der Erklärung enthaltenen Geständnis möglicherweise überhaupt keine Beweiskraft beizumessen sein.

II. **RG.** WarnE. **14** 334. Hat der Beklagte von Anfang an bestritten, eine Äußerung getan zu haben, und der Kläger vor dem Berufungsgericht die Behauptung einer solchen Äußerung zurückgezogen, so war die Äußerung selbst hierdurch der Verwertung durch das Berufungsgericht entzogen.

§ 291. **RG.** JDR. **11** III, **12**, jetzt auch GruchotsBeitr. **58** 482.

§ 292. I. Über die materiell-justizrechtliche Bedeutung der Vermutungen vgl. *Goldschmidt oben Ziff. 1 zu § 253.

II. *Heckel, GruchotsBeitr. **58** 635 ff. Die gesetzliche Vermutung im Sinne des BGB. und § 292 kann nur durch Gegenbeweis entkräftet werden. Sie wird nicht schon dadurch widerlegt, daß das Gegenteil der vermuteten Tatsache wahrscheinlich gemacht ist. AM. Eckstein, GruchotsBeitr. **57** 635 ff.

§ 299. I. Akteneinsicht. RheinARV. **32** 96 (Cöln). Das Recht der Akteneinsicht besteht nur für den Ort, wo sich die Akten befinden.

II. OLG. **29** 180 (Celle). Die Anfertigung von Aktenauszügen durch die Partei selbst ist zulässig.

III. BreslauAK. **14** 6 (Breslau). Die Partei hat ein Recht auf Erteilung nicht nur einer, sondern zweier Ausfertigungen des Urteils. Vgl. JDR. **11** Nr. IV, **12** Nr. III. Ebenso BreslauAK. **14** 29 (Schweidnitz).

Zweiter Titel. Urteil.

§ 300. I. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Die Erledigung des Rechtsstreits durch Zwischen- und Teilurteile fördert die Ordnung und Übersichtlichkeit des Verfahrens. Sie empfiehlt sich bei größeren Sachen auch zur Vermeidung von Wiederholungen infolge Mitgliederwechsels.

II. **RG.** WarnE. **14** 139. Ist die Sache gegen einen Streitgenossen spruchreif, so ist in dem insoweit zu erlassenden Endurteil auch über den Kostenpunkt zu entscheiden.

§ 301. **RG.** R. **14** Nr. 655. Ein Teilurteil über die Klage allein kann jedenfalls dann erlassen werden, wenn die Entscheidung über die Widerklage bis zur rechtskräftigen Erledigung der Klage ausgesetzt ist.

§ 302. I. **RG.** LeipzZ. **14** 1041 über den Begriff des rechtlichen Zusammenhanges.

II. KGBl. **15** 14 (KG.). Im Urkunden- und Wechselprozeß ist ein Urteil unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung einer nicht konnexen Gegenforderung unzulässig.

III. SeuffA. **69** 252 (München). Das Vorbehaltsurteil des § 302 kann zwar angefochten werden, weil die Anordnung der Trennung unzulässig, nicht aber deshalb, weil sie nicht zweckmäßig und angemessen gewesen sei.

§ 303. I. R. **14** Nr. 98 (Colmar). Ein Urteil, das auf eine, gegen eine bestrittene Klagforderung erhobene Einrede der Aufrechnung unkorrekterweise dahin

ergeht, daß die Gegenforderung dem Grunde nach gerechtfertigt sei, ist ein Zwischenurteil nach § 303 und nicht nach § 304 ZPO. Es kann darum nicht selbständig mit der Berufung angegriffen werden.

II. **RG.** R. **14** Nr. 2705, SchlHolstAnz. **14** 13. Daß das Gericht über die Unzulässigkeit des Rechtswegs ein gewöhnliches Zwischenurteil — nicht ein anfechtbares nach § 275 Abs. 2 — erlassen wollte, ergibt sich, abgesehen vom Fehlen der Voraussetzungen letzterer Gesetzesstelle, aus dem sofortigen Eintritt in das Beweisverfahren, ohne daß hierauf ein eigener Antrag vorlag.

III. **RG.** WarnE. **14** 91. Auch in Ehesachen ist der Erlaß eines der Revision nicht unterworfenen Zwischenurteils nach § 303 zulässig.

IV. **RG.** **82** 206. Ein selbständiger Bestandteil der Gesamtentscheidung kann nicht Gegenstand einer besonderen Entscheidung durch Zwischenurteil sein. Das gilt besonders von dem Anspruche, der ein Fahrlässigkeitsverschulden der Beklagten in Beziehung auf einen Brand feststellt, aber gerade den ursächlichen Zusammenhang des angenommenen Verschuldens mit dem Ausbruche des Feuers noch offen läßt.

§ 304. I. Zulässigkeit der Vorabentscheidung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2511. Wenn der Richter lediglich auf den Eindruck hin, den ihm das Gutachten eines Sachverständigen und das Verhalten des Beklagten gemacht hat, den streitigen Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt, so verstößt er sowohl gegen § 286 als auch gegen § 304.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2513. Muß für die Bejahung des Anspruchsgrundes tiefer in eine Erörterung des Betrags eingegangen werden, so erscheint ein Zwischenurteil über den Grund unsachgemäß.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2290. Bei einer Klage auf Schadensersatz wegen verschuldeten Mehrverbrauchs von Kraft aus einer Motorenanlage des Klägers gehört der Umfang des verschuldeten Mehrverbrauchs zum Grunde des Anspruchs.

4. **RG.** RheinA. **9**, 2. Abt., 80. Auch dann ist ein Betrag streitig, wenn er dem Beklagten gegenüber, der, wie hier geschehen, durch seinen Antrag auf Klagabweisung kundgibt, nichts zahlen zu wollen, erst richterlich festgesetzt werden soll.

5. **RG.** R. **14** Nr. 2706. Der Antrag des Schuldners auf Strafermäßigung betrifft nicht den Grund des Anspruchs auf Zahlung der Strafe, sondern nur den Betrag.

6. ElsLothJZ. **14** 370 (Colmar). Unzulässigkeit einer Einrede aus § 254 BGB., wenn über den Grund des Anspruchs bereits rechtskräftig erkannt ist. Prüfung der Zulässigkeit von Amts wegen.

II. Reife zur Vorabentscheidung. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1450. Der Einwand, daß die Unterhaltseinbuße nach § 844 BGB. durch Beerbung teilweise ausgeglichen sei, kann dem Nachverfahren überlassen bleiben.

2. **RG.** JW. **15** 148. Über das Vorliegen eines mitwirkenden Verschuldens im Sinne des § 254 BGB. muß in der Regel im Verfahren über den Grund des Anspruchs entschieden werden (vgl. JDR. **12** II 3).

III. Zwischenurteil oder Endurteil? **RG.** R. **14** Nr. 1452. Ein Urteil, das neben der Verurteilung zur Zahlung einer Geldsumme ausspricht, daß der Beklagte verpflichtet ist, den Klägern den Schaden zu ersetzen, der ihnen durch einen Unfall in Zukunft noch entstehen wird, ist kein Zwischen-, sondern ein Endurteil, auch wenn „die Verhandlung auf den Grund des Anspruchs beschränkt" worden war; das Urteil enthält eine rechtskräftige Feststellung des Anspruchs.

IV. Urteilsformel. 1. **RG.** R. **14** Nr. 1451. Wird der Beklagte nicht für den ganzen Schaden verantwortlich gemacht, so braucht in dem Grundurteile die Beschränkung nicht immer quotenmäßig bestimmt zu werden; die Beschränkung auf den durch einen bestimmten Umstand verursachten Schaden ist zulässig.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1872. Es genügt ein Tenor des Grundurteils, aus dem sich in Verbindung mit den zu seiner Erläuterung heranzuziehenden Gründen deutlich der Umfang des zu ersetzenden Schadens demnächst ergibt.

3. **RG.** R. **14** 656. Ist die Klagesumme sowohl auf Grund Betrugsanfechtung wie auf Grund Wandelung oder sittenwidriger Schädigung gefordert, so genügt es, in der Formel den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären, auch wenn nur einer der drei Gründe zutrifft.

V. Rechtsmittel. 1. BadRpr. **14** 21 (Karlsruhe). Hat das Gericht seine Entscheidung als Zwischenurteil nach § 304 angesehen, so sind die an sich zulässigen Rechtsmittel auch dann statthaft, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung eines selbständigen Zwischenurteils nicht gegeben sind.

2. ElsLothJZ. **14** 503 (Colmar). Zulässigkeit der Berufung gegen ein Zwischenurteil, wenn das Urteil einen ausdrücklichen Hinweis auf §§ 303 oder 304 nicht enthält.

§ 307. Literatur: Bendix, Das Anerkenntnis des § 307 ZPO. und die Verjährung, LeipzZ. **14** 466—468.

SchlHolstAnz. **14** 31, OLG. **29** 223 (Kiel). Voraussetzungen für die Anfechtung eines im Prozeß abgegebenen Anerkenntnisses.

§ 308. **RG.** R. **14** Nr. 2292. Auf Lieferung statt auf Zahlung darf das Gericht nicht von Amts wegen erkennen.

§ 313. I. *Weinmann, Gutachten und Urteilsentwurf 41 ff., erörtert eingehend alle Fragen, die in formeller Beziehung mit der Anfertigung eines Zivilurteils zusammenhängen. Besondere Aufmerksamkeit ist auch der Urteilsformel gewidmet, vor allem der des bedingten Endurteils. Die Anregung Wildhagens, die Entscheidungsgründe mit der Darlegung dessen, was das Gericht auf Grund der Beweisaufnahme als erwiesen annimmt, zu beginnen, wird abgelehnt.

II. Einzelfälle. 1. **RG.** JW. **14** 832, DJZ. **14** 938. Auch ein unvollständig abgefaßtes Urteil ist der formellen Rechtskraft fähig, insbesondere auch ein amtsgerichtliches Urteil, das ohne Tatbestand und Entscheidungsgründe ordnungsgemäß zugestellt ist.

2. **RG.** R. **14** Nr. 658, BayRpflZ. **14** 211. Enthält der Tatbestand des Urteils nach einer eingehenden Darstellung des Sach- und Streitstandes den Satz: „Wegen des Vorbringens der Parteien im übrigen wird auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen", so bildet der Tatbestand nicht „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes", wie sie der § 313 Abs. 1 Nr. 3 erfordert.

3. **RG.** LeipzZ. **14** 478. Das, was der Berufungsrichter als Tatbestand bezeichnet, ist nicht sowohl eine verständliche Darstellung des Sach- und Streitstandes, als vielmehr ein Register der von den Parteien vorgetragenen Schriftstücke, das durch einzelne erläuternde Bemerkungen zu einem Ganzen verbunden ist. Um den Sachverhalt zu verstehen, muß man, was das Gesetz vermieden wissen wollte, fast den ganzen Akteninhalt einer Durchsicht unterziehen. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. kann indessen ein solcher Rechtsverstoß zu einer Aufhebung des Urteils nur dann führen, wenn durch diese Art der Bezugnahme auf den Akteninhalt Unklarheit über den Inhalt des von den Parteien Vorgetragenen entsteht, was im vorliegenden Falle nicht behauptet werden kann.

4. **RG.** R. **14** Nr. 2514. Unzulässige Bezugnahme in einem Punkte auf ein nicht unter den gleichen Parteien ergangenes Urteil führt nicht notwendig zur Aufhebung.

§ 315. Literatur: Karger, Das Fehlen der Unterschrift des Urteils infolge Versterbens des Amtsrichters, AZivPr. **111** 346—359.

RG. ThürBl. **61** 95. Die Zustellung eines Urteils setzt die Rechtsmittelfrist auch dann in Lauf, wenn die Urschrift die gesetzlich erforderlichen Unterschriften nicht trägt, die Ausfertigung aber vollständig ist und diesen Mangel nicht erkennen läßt.

§ 317. OLG. **29** 224 (Dresden). Die Zustellung einer Urteilsabschrift, in der der Tatbestand und die Gründe weggelassen sind, eröffnet nicht die Berufungsfrist.

§ 318. *Pagenstecher, RheinZ. **6** 556 f. Anm. 6. Das Gebundensein des Richters im Sinne von § 318 ist auf das Schärfste zu unterscheiden von der materiellen Rechtskraft. § 318 enthält eine prozessuale Vorschrift, die dem Richter gebietet, ohne Rücksicht auf die materielle Rechtskraft etwas als feststehend anzusehen, z. B. das Nichtbestehen eines Erlaßvertrags, dessen Existenz er in einem Zwischenurteil verneint hat. Wo materielle Rechtskraft vorliegt, hat der Richter dagegen einfach zu berücksichtigen, daß nach Erlaß des (rechtskräftigen) Urteils die materielle Rechtslage jedenfalls in einer bestimmten Weise gestaltet ist. Vgl. unten Ziff. 2 zu § 322 und BuschsZ. **37** 11 ff.

§ 319. I. SeuffA. **69** 39 (Posen). Der gerichtliche Vergleich untersteht dem § 319 nicht. Die Frage nach der Berichtigungsmöglichkeit des Protokolls über die mündliche Verhandlung — denn nicht der Inhalt des Vergleichs, sondern nur die Bezeichnung des Beklagten in dem Protokolle soll berichtigt werden — ist, zwar nicht unter Berufung auf § 319, wohl aber aus allgemeinen Gesichtspunkten zu bejahen.

II. RheinARB. **32** 99 (Cöln). Offenbare Unrichtigkeiten in den Parteinamen des Klagerubrums können berichtigt werden, auch wenn die Klage und Klagezustellung an den unrichtigen Namen gerichtet ist.

III. SächsOLG. **35** 195 (Dresden). Zulässigkeit der Berichtigung und Ergänzung eines Schiedsspruchs.

§ 321. I. SeuffA. **69** 41 (München). Wird die Einrede der Haftungsbeschränkung des § 780 ZPO. als unzulässig oder unbegründet vom Gericht nicht zugelassen, so ist diese Einrede lediglich in den Gründen zu würdigen. Die Ablehnung gehört nicht in den Urteilssatz. Es liegt überhaupt ein zur Begründung des Antrags nach § 321 erforderliches „Übergehen" nicht vor. Der „Anspruch" ist nicht übergangen, sondern verweigert, und die Anfechtung dieses behaupteten sachlichen Mangels des Urteils ist lediglich mit der Berufung zulässig.

II. BuschsZ. **44** 135 (Dresden). Behandlung der Kosten eines Ergänzungsantrags.

§ 322. Literatur: Pagenstecher, Nochmals die praktische Bedeutung des Streites über die Rechtskraft. (Mit besonderer Berücksichtigung der Bedeutung des Zivilurteils für den Strafrichter.) RheinZ. **6** 489—560.

1. *Kleinfeller, Der Gegenstand der Rechtskraft, Festschrift für Wach II, 373 ff. Der § 322 ist für die Frage, welche Entscheidungen materiell rechtskräftig werden, nicht ausschließlich maßgebend; aber eine Ausdehnung der materiellen Rechtskraft über das den Klaganspruch erledigende Urteil hinaus ist nur insoweit zulässig, als durch die Entscheidung nicht bloß prozessuale Verhältnisse, sondern materiell-rechtliche Verhältnisse festgestellt werden; insbesondere gilt eine solche Ausdehnung hinsichtlich der Entscheidungen gemäß §§ 302, 541, 600 Abs. 2, 717, der Entscheidungen über die Kostenpflicht der Partei, Verurteilung von Auskunftspersonen zu Geldstrafen und Kosten, Verurteilung zu sitzungspolizeilichen Strafen (gegenüber der Zurückforderung, nicht gegenüber einem ordentlichen Strafverfahren), endlich Fälle der §§ 84, 85, 91 KO. Keine Ausnahmen von jenem Grundsatze, sondern eine Bestätigung hierfür sind: § 17 Nr. 4 GVG., §§ 11 u. 276 ZPO.

2. Bericht *Pagenstecher. I. Wesen der Rechtskraft. Es ist an der schon BuschsZ. **37** 1 ff. aufgestellten Behauptung (vgl. JDR. **6** 826) festzuhalten, daß der Streit über das Wesen der Rechtskraft insbesonderen dann von praktischer Bedeutung sei, wenn Personen miteinander prozessieren, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt. Nach der prozessualen Theorie soll durch ein inter alios ergangenes rechtskräftiges Urteil die Rechtslage Dritter niemals berührt werden.

Diese Lehre führt bei folgerichtiger Durchführung zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen. Die Schuld des Bürgen bliebe z. B. bestehen, wenn die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner (zu Unrecht) rechtskräftig abgewiesen wäre. Um solche widersinnigen Resultate zu vermeiden, ohne ihre Lehre aufgeben zu müssen, haben nun die Anhänger der prozessualen Theorie die Behauptung aufgestellt, das inter alios ergangene Urteil wirke zwar unter Umständen auf die Rechtsverhältnisse Dritter ein, es handele sich aber hier nicht um Rechtskraftwirkungen, sondern um Reflexwirkungen des Urteils. Demgegenüber weist Pagenstecher in eingehender Polemik gegen Hellwig, Stein, Heim, Walsmann und insbesondere gegen Kuttner nach, daß sich gerade von dem Boden der prozessualen Theorie aus das Bestehen solcher Reflexwirkungen nicht beweisen lasse, und daß man deshalb vor der Alternative stehe, entweder die unerfreulichen Ergebnisse dieser Lehre mit in Kauf zu nehmen, oder aber sich zu der von Pagenstecher verteidigten, herrschenden materiellen Theorie zu bekennen. II. Rechtskraftwirkungen, Reflexwirkungen und Nebenwirkungen des Urteils. Folgende materielle Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils sind zu unterscheiden — RheinZ. **6** 520 ff. —: 1. Rechtskraftwirkungen. — Es sind das diejenigen Wirkungen, durch die das rechtskräftige Urteil den Prozeßzweck erfüllt. Dieser Prozeßzweck ist bei den Feststellungsurteilen im weiteren Sinne (also einschließlich der Leistungsurteile) Rechtsgewißheit zwischen den Parteien zu schaffen über das Bestehen des induzierten Rechtsverhältnisses (vgl. oben Ziff. 2 zu § 256); bei Rechtsgestaltungsurteilen die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien zu ändern. — Die Rechtskraftwirkungen lassen sich charakterisieren als (unmittelbare) Wirkungen auf die materiell-rechtlichen Beziehungen der von der Rechtskraft betroffenen Personen in bezug auf das induzierte Rechtsverhältnis. Rechtsgewißheit schafft das rechtskräftige Urteil dadurch, daß es die materielle Rechtslage der Parteien so gestaltet, daß es für ihre Beziehungen unter einander gleichgültig wird, ob das Urteil zu Unrecht erging (vgl. oben Ziff. 2 zu § 256 und BuschsZ. **37** 11 f.). 2. Reflexwirkungen. Es sind das die durch die Rechtskraftwirkungen hervorgerufenen (mittelbaren) Wirkungen, die das Urteil auf die materielle Rechtslage solcher Personen ausübt, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt. 3. Nebenwirkungen des Urteils. Dieser Begriff läßt sich nur negativ bestimmen. Es fallen hierunter alle noch übrig bleibenden materiellen Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils, z. B. die im § 218 BGB. angeordnete Wirkung. Sie ist keine Rechtskraftwirkung, weil sie nicht der Erfüllung des Prozeßzwecks dient. Weiteres Beispiel § 775 Nr. 4 BGB. III. Objektiver Umfang der Rechtskraft. a) Wird eine Leistungsklage (zu Unrecht) rechtskräftig abgewiesen, so erlischt (nach der materiellen Rechtskrafttheorie) die Forderung. Der Beklagte wird aber weiter auch verpflichtet dem Kläger zu gewähren, was dieser haben würde, wenn die Forderung schon vor dem Urteil nicht bestanden hätte. b) Der Streit über den Klagegrund (Individualisierungs- oder Substanzierungstheorie?) ist bedeutsam für die Begrenzung des objektiven Umfanges der Rechtskraft eines Urteils, wenn ein Rechtsverhältnis Prozeßgegenstand ist, das (wie z. B. das Eigentum) ohne Zurückgehen auf seinen Entstehungsgrund individualisiert werden kann. Das wird jedoch bisher allgemein nur dann anerkannt, wenn in dem Urteile das Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses festgestellt wird. Es gilt aber auch im entgegengesetzten Falle. Denn wenn (wie die Substanzierungstheorie lehrt) durch Abweisung einer auf Tradition gestützten positiven Eigentumsfeststellungsklage (nur) festgestellt wird, daß der Kläger nicht infolge dieser Tradition Eigentümer sei, dann muß auch durch die Stattgabe dieser Klage festgestellt werden, daß er infolge dieser Tradition Eigentümer sei (aaO. 553 Anm. 6). IV. Die Bedeutung des

rechtskräftigen Zivilurteils für den Strafrichter. Bei Prüfung der Frage, ob und wie ein rechtskräftiges Zivilurteil die Entscheidung des Strafrichters beeinflusse, kann man zu praktisch befriedigenden Ergebnissen nur gelangen, wenn man sich der in Judikatur und Literatur herrschenden Lehre anschließt, wonach das Feststellungsurteil im weiteren Sinne (also einschließlich des Leistungsurteils) im Falle es unrichtig ist, konstitutive Wirkung hat. Über die für den Strafrichter geltenden Regeln vgl. Näheres aaO. 557 ff.

3. Rasch, GewRschutz **14** 165 ff. Die Rechtskraft im Patenterteilungsverfahren unter vergleichender Darstellung der Rechtskraft im Zivilprozeß, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Verwaltungsstreitverfahren.

4. Einzelfälle. **a)** **RG.** R. **14** 230. Für die materielle Rechtskraft besteht zwischen einem Urteile für die Gesellschafter und einem solchen für die offene Handelsgesellschaft kein Unterschied. **b)** **RG.** WarnE. **14** 92, JW. **14** 315. Der Einwand der Rechtskraft aus § 322 bezüglich eines klagabweisenden Urteils ist nicht schon dann begründet, wenn der Anspruch im Vorprozeß erhoben war, sondern nur dann, wenn er aberkannt ist. Ob und inwieweit dies geschehen ist, wird sich zumeist nicht ohne Prüfung der Entscheidungsgründe ermitteln lassen, die zur Auslegung des Urteils und zur Klarstellung seiner Tragweite nach anerkannten Grundsätzen unbedenklich heranzuziehen sind. **c)** SchlHolstAnz. **14** 17 (Kiel). Durch die rechtskräftige Abweisung einer auf Miteigentum gestützten Klage auf Teilung eines gemeinschaftlichen Grundbesitzes ist über das Eigentum als solches nicht rechtskräftig entschieden, auch wenn die Abweisung wegen Verneinung des klägerischen Miteigentums erfolgt ist. **d)** **RG.** R. **14** Nr. 2515. Durch ein Leistungsurteil wird der spätere Minderungsanspruch ausgeschlossen, wenn gerade dieser Minderungseinwand im Vorprozesse bereits gebracht und verworfen worden ist. **e)** R. **14** Nr. 1304 (München). Einwendungen wegen Unentbehrlichkeit eines für den Mietzins vollstreckungsweise gepfändeten Hausratstücks (§ 766 ZPO.) werden nicht durch die Rechtskraft eines Urteils ausgeschlossen, das die Herausgabeklage des Mieters gegenüber dem Vermieterpfandrechte nach § 559 BGB. wegen Entbehrlichkeit abgewiesen hat (vgl. auch BayRpflZ. **14** 155). **f)** **RG.** JW. **14** 772. Die Einrede der Rechtshängigkeit kann sich in die im selben tatsächlichen und rechtlichen Grunde wurzelnde Einrede der Rechtskraft verwandeln. **g)** BreslauAK. **14** 56 (Breslau). Umfang der Rechtskraft über das Bestehen einer Gegenforderung, wenn mit mehreren die Klageforderung überschreitenden Forderungen aufgerechnet wird.

§ 323. I. Wesentliche Veränderung der Verhältnisse. Die Veränderung darf nicht voraussehbar gewesen sein. JDR. **12** I, jetzt auch **RG.** **83** 67, LeipzZ. **14** 191, EisenbE. **70** 345.

II. Anwendbarkeit auf Vergleiche. 1. SeuffA. **69** 104 (Cassel). Die Vorschrift ist auf Vergleiche nicht anwendbar.

2. HansGZ. **14** Beibl. 115 (Hamburg). Die Abänderung eines Vergleichs über Unterhaltsbeiträge wegen veränderter Umstände in den Einnahmeverhältnissen des Unterhaltspflichtigen ist nicht nach § 323 möglich; vielmehr können nur §§ 795, 767 in Frage kommen [OLG. **29** 113 (KG.)]. Vgl. auch JDR. **12** II.

III. **RG.** R. **14** Nr. 660. Erlischt nachträglich der zuerkannte Anspruch zufolge Eintritts einer rechtsvernichtenden Tatsache, so ist zwar nicht § 323 anwendbar; der Schuldner kann aber statt der Klage aus § 767 auch auf Feststellung des Nichtbestandes klagen. Vgl. auch BayRpflZ. **14** 209.

§ 325. I. Begriff der Rechtsnachfolge. 1. JDR. **12** I 2, jetzt auch ElsLothJZ. **14** 52.

2. OLG. **29** 110 (Hamm). Rechtskraft eines Bergschäden abweisenden Urteils zum Nachteil desjenigen, der während des Prozesses das Grundstück ersteht.

II. **RG. 83** 116, JW. **14** 46. Der Rechtsstreit des Pfändungspfandgläubigers gegen den Drittschuldner schafft nicht Rechtskraft für und gegen den Schuldner.

III. R. **14** 1138 (Hamburg). Ein rechtskräftiges Urteil, das sachlich über den Teil eines Anspruchs entscheidet, begründet keine Rechtskraft hinsichtlich des Restanspruchs, auch nicht für die Prozeßvoraussetzungen.

IV. SchlHolstAnz. **14** 12 (Kiel). Die im Abs. 2 bestimmte „entsprechende" Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, führt dahin, daß es wegen des guten Glaubens auf die Kenntnis oder Erkennbarkeit der Rechtshängigkeit ankommt.

V. **RG.** WarnE. **14** 188. Erstreckung der Rechtskraft auf Dritte, auch wenn sie nicht im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen ist, insbesondere einer Entscheidung über Fideikommißrechte.

VI. OLG. **29** 109 (KG.). Das über die Abtretung zwischen Zedenten und Zessionar ergangene rechtskräftige Urteil wirkt auch gegenüber dem Schuldner.

§ 327. RG. SeuffA. **69** 36. Mit dem Wechsel in der Person der Testamentsvollstrecker tritt infolge entsprechender Anwendung des § 241 ZPO. eine Unterbrechung des Verfahrens ein. Das Urteil I. Instanz hätte daher gemäß § 249 ZPO. nicht erlassen werden dürfen, und es muß, nachdem sich der Personenwechsel in der Berufungsinstanz herausgestellt hat, auf eine zulässigerweise eingelegte Berufung aufgehoben werden. Die Befugnis zur Einlegung der Berufung aber stand nicht den Beklagten, die von der I. Instanz noch als Testamentsvollstrecker betrachtet wurden, sondern denjenigen zu, die es zur Zeit der Einlegung wirklich waren.

§ 328. I. Nr. 1. **RG.** LeipzZ. **14** 774, BayRpflZ. **14** 128, R. **14** Nr. 1454. Die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes im Inland ergibt die Unzuständigkeit des ausländischen im Sinne des § 328 Nr. 1.

II. Nr. 5. 1. PosMSchr. **13** 146 (Posen). Keine Verbürgung der Gegenseitigkeit mit Rußland.

2. **RG.** ElsLothJZ. **14** 53. Mit Bezug auf Spanien ist die in Nr. 5 vorausgesetzte Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

§ 330. I. *Fischbach, ElsLothJZ. **12** 200f. Die §§ 330ff. können im Versäumnisverfahren vor Börsenschiedsgerichten nicht unbeschränkt zur Anwendung gelangen. Bleibt der Beklagte aus, so genügt das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers nicht, um den Inhalt desselben als zugestanden anzunehmen; das Gericht hat vielmehr in eine Würdigung der gesamten Sachlage einzutreten, hat namentlich auch die gewechselte Korrespondenz und börsenkundige Tatsachen zu berücksichtigen. Gegegebenenfalls wird das Schiedsgericht sogar in die Lage kommen, erbotene Beweise zu erheben und das Ergebnis der Beweisaufnahme im Urteile zu verwerten. Dies wird man alles schon deshalb annehmen müssen, weil in den Statuten regelmäßig ein Einspruchsverfahren gegen das Versäumnisurteil nicht vorgesehen ist.

II. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Auf die Vermeidung von Versäumnisurteilen ist hinzuwirken in Sachen, die streitig geworden sind und voraussichtlich streitig bleiben. Wird vor dem Amtsgericht auf Erlassung eines Versäumnisurteils gegen einen ausgebliebenen Anwalt bestanden, so soll der Richter durch den Gerichtsdiener feststellen lassen, ob der Anwalt auf dem Gericht anwesend ist, ob er einen Vertreter bestellt hat oder ein anderer Anwalt als solcher einzutreten bereit ist.

§ 332. **RG.** JW. **14** 938. Ist ein Termin zur Beweisaufnahme und zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt, so kann ein Versäumnisurteil nur ergehen, nachdem die Beweisaufnahme stattgefunden hat; ist aber der versäumte Termin schlechthin als Verhandlungstermin über die Hauptsache anzusehen, wie im Falle des Nichterscheinens in dem auf Einspruch anberaumten Termin anzunehmen ist, so ist Versäumnisurteil ohne Beweisaufnahme zulässig.

§ 333. KGBl. **14** 6 (KG.). Es ist ein kontradiktorisches Urteil zu erlassen, wenn eine Partei im Laufe der Verhandlung erklärt, nicht weiter verhandeln zu wollen.

§ 340. I. Nr. 2. OLG. **29** 97, SeuffA. **69** 214, R. **14** Nr. 1874 (Stettin). Erklärt der Beklagte in seiner Eingabe an das Amtsgericht, er lege gegen das Versäumnisurteil „Berufung" ein und bitte um Anberaumung eines neuen Termins, so ist die Form des Einspruchs erfüllt. Es genügt, ähnlich wie im Strafprozesse, der Ausdruck des Willens auf Erneuerung des Verfahrens in demselben Rechtsgange.

II. **RG.** JW. **14** 834, LeipzZ. **14** 1617. Eine mittels Stempelabdrucks hergestellte Unterschrift des Rechtsanwalts genügt für Schriftsätze bestimmenden Inhalts (Einspruchsschrift) im Anwaltsprozesse nicht.

§ 344. I. RheinA. **111** 65 (Cöln). Auch eine dritte, dem Streite an sich fernstehende Person kann durch Verwechslungen und andere Verwicklungen formell in den Prozeß hineingezogen werden. Die ZPO. enthält sich einer besonderen Regelung solcher Verwicklungen. Aus allgemeinen Gründen wird aber diesen Personen, da durch die Gestaltung der formellen Prozeßverhältnisse möglicherweise in ihren Rechtskreis eingegriffen und die Gefahr weiterer Eingriffe (Vollstreckung) begründet wird (Stein, ZPO. [10] Vorbem. zu § 50 III Note 40), das Auftreten im Prozeß und die Geltendmachung der sonst nur der Partei zustehenden Rechtsbehelfe zu gestatten sein. Es handelt sich jedoch nur um eine Befugnis des Dritten, an dem Prozesse zu seiner Verteidigung, zur Abwehr von Rechtsnachteilen teilzunehmen, niemals um eine, wenn auch nur prozessuale Verpflichtung hierzu. Daher keine Kostenfolgen für den Dritten, etwa aus § 344, falls er dem Rechtsstreite fernbleibt.

II. HansGZ. **14** Beibl. 232 (Hamburg). Können vergleichsweise auch die — sonst vom Säumigen zu tragenden — Kosten eines Versäumnisurteils vom Gegner übernommen werden? — Zu den Kosten des Rechtsstreits gehören auch die durch Versäumnis einer Partei entstandenen. — Die Bestimmung des § 344 ist nicht zwingenden Rechtes.

§ 345. **RG.** R. **14** Nr. 2518. Bleibt der Einspruchskläger im Verhandlungstermine aus, so ist der Einspruch auch dann zu verwerfen, wenn bei Erlaß des Versäumnisurteils unrichtig verfahren worden ist. Das zweite Versäumnisurteil kann in solchem Falle nicht mit der Begründung angefochten werden, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

Vor **§ 355.** I. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Ziel alles Beweises ist die Herbeiführung der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit einer bestrittenen Tatsache. Aber keine menschliche Überzeugung, auch die richterliche nicht, kommt über das Bewußtsein der höchsten Wahrscheinlichkeit hinaus. Die richterliche Überzeugung beruht auf der Erfahrung. Erfahrungssätze brauchen weder behauptet noch bewiesen zu werden. Der Richter ist verpflichtet, sie zur Vermeidung überflüssiger Beweise von Amts wegen anzuwenden. Freie richterliche Beweiswürdigung und Beweislast schließen sich nicht aus. Die freie Beweiswürdigung beschäftigt sich mit der Frage, ob eine bestimmte Tatsache als wahr anzusehen ist, die Beweislast mit den Tatsachen, die feststehen müssen, damit das den Anspruch begründende Rechtsverhältnis als vorhanden angenommen werden kann. Eine

Beweislast ohne einen Träger ist nicht denkbar. Die innere Wahrscheinlichkeit aus tatsächlichen Vermutungen kann unter Umständen eine Abschwächung und Verschiebung der Beweislast herbeiführen. Sie macht aber die Regeln über die Beweislast nicht überflüssig. Die Prozeßleitung hat darauf hinzuwirken, daß nicht minderwertige Beweisgründe vorgeführt werden, wo bessere zu haben sind, insbesondere Ersatzbeweise zurückzuweisen, wo vollwertige Originalbeweise zu haben sind (Forderung des bestmöglichsten Beweisgrundes).

II. Springer, Wo und wie hat die Beweisaufnahme stattgefunden? LeipzZ. **14** 906—919. Voß, Über vorsorgliche Beweisaufnahme und Beweismittelerschöpfung in der Instanz, JW. **14** 221—223.

§ 355. SeuffA. **69** 119 (Dresden). Die Anordnung der Eidesabnahme durch ein ersuchtes ausländisches Gericht ist unanfechtbar.

§ 357. OLG. **29** 135 (KG.). Keine Beschwerde wegen Nichtzulassung zur Zeugenvernehmung.

§ 359. *Weinmann, Gutachten und Urteilsentwurf 30 ff., erörtert eingehend die Fassung des Beweisbeschlusses. Insbesondere wird dargelegt, daß der Wortlaut des Gesetzes mit dem Leitsatze 6 des 21. Deutschen Anwaltstags zum Thema: „Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozeß" — allgemeinere Fassung der Beweisbeschlüsse — in weitem Umfange vereinbar ist.

§ 360. **RG.** R. **14** 510, BayRpflZ. **14** 102. Ist ein Eid durch Beweisbeschluß in prozessual zulässiger Weise auferlegt, hat das Gericht aber nachträglich auf Antrag der eidespflichtigen Partei in Berichtigung eines nach der derzeitigen Prozeßlage unerheblichen Umstandes einige Worte aus der Eidesnorm gestrichen, so enthält die Veränderung der Eidesnorm ohne vorherige mündliche Verhandlung allerdings einen Verstoß gegen §§ 360 und 128 ZPO. Deshalb sind zunächst durch die Eidesleistung die im § 463 ZPO. angegebenen Wirkungen nicht eingetreten, da die Voraussetzung für die Leistung des veränderten Eides, nämlich ein ordnungsmäßiger Beweisbeschluß, nicht vorlag. Diese Grundlage kann aber nachträglich dadurch geschaffen werden, daß das Gericht auf die Prozeßrüge des Prozeßgegners nach mündlicher Verhandlung die durch den früheren Beschluß angeordnete Änderung billigt. Hierin ist nicht der vom Gerichte begangene Verstoß nachträglich gutgeheißen, vielmehr ist damit ein den Erfordernissen des § 461 ZPO. entsprechender Beschluß unter Wahrung der Vorschriften über die mündliche Verhandlung gefaßt worden. Das Gericht hat aber auch richtig gehandelt, daß es nicht nochmals die Eidesleistung anordnete.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

§ 373. I. Beweisantretung. 1. **RG.** SeuffA. **69** 116. Benennung eines bereits siebenmal erfolglos geladenen Zeugen ist nicht ordnungsmäßig, wenn zur Bezeichnung des Aufenthalts lediglich angegeben wird, daß der Zeuge „sich in Mülheim a. Rhein aufhalten solle".

2. **RG.** LeipzZ. **14** 281. Die in der Berufungsbegründung enthaltene allgemeine Verweisung auf das erstinstanzliche Vorbringen enthält keine prozeßordnungsgemäße Beweisantretung in der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte.

II. Wer kann als Zeuge vernommen werden? 1. **RG.** LeipzZ. **14** 583, DJZ. **14** 234, JW. **14** 155, GruchotsBeitr. **58** 1088. Ein Streitgenosse, gegen den die Klage durch Teilurteil rechtskräftig abgewiesen worden ist, kann nicht als Zeuge in dem gegen den anderen Streitgenossen fortgesetzten Verfahren vernommen werden, wenn die Kostenentscheidung auch ihm gegenüber (wenngleich mit Unrecht) noch vorbehalten worden ist.

2. **RG.** SeuffA. **69** 117. Dem prozeßführenden Korrespondentreeder kann der Parteieid auferlegt werden.

3. **RG.** BauersZ. **21** 229. Der Geschäftsführer einer in Konkurs befindlichen GmbH. besitzt die Zeugnisfähigkeit.

III. **RG.** WarnE. **14** 326. Eine in Strafakten protokollierte Beweisaufnahme kann auch dann als Urkundenbeweis berücksichtigt werden, wenn die betreffenden Zeugen nochmals vom Prozeßgerichte vernommen worden sind.

IV. SeuffA. **69** 94 (Hamburg). Die Unterbrechung der Verjährung endet durch Nichtbetreiben des Prozesses während der Suche nach den Adressen von Zeugen.

§ 379. I. BadRpr. **14** 23 (Karlsruhe). Eine nach § 379 ergangene Anordnung ist nur ausnahmsweise selbständig mit der Beschwerde anfechtbar, wenn nämlich durch die Anordnung eine andere gesetzliche Bestimmung verletzt wird, welche die selbständige Anfechtung durch die Beschwerde zuläßt, wenn z. B. einer armen Partei ein Kostenvorschuß auferlegt wird, wegen der hierin liegenden teilweisen Entziehung des Armenrechts (§ 127). Wo aber ein solcher Ausnahmefall nicht vorliegt, ist eine Anfechtung der Entscheidung nur nach §§ 512, 548 möglich.

II. HansGZ. **14** Beibl. 100 (Hamburg). Nach § 379 kann das Prozeßgericht (an Stelle des Gerichtsschreibers) nachträgliche Erhebung eines Auslagenvorschusses nur anordnen, wenn das Beweisverfahren noch nicht beendigt ist. — Ordnet es dergleichen außerhalb dieses Falles an, so liegt kein mit der Beschwerde anfechtbarer Beschluß vor.

III. OLG. **29** 117 (Colmar). Die Frist ist durch das Gericht zu bestimmen. Sieht der Beweisbeschluß keine Frist vor, so kann der Beschluß nicht dadurch ersetzt werden, daß der Vorsitzende nachträglich eine Frist setzt.

§ 383. I. Bankier. **RG.** R. **14** Nr. 2103, BankA. **13** 309, BayRpflZ. **14** 271. Wenn auch in der Bekanntgabe der Aufträge eines Kunden an seinen Bankier und seines Verhaltens im Geschäftsverkehre mit diesem, in der Mitteilung derartiger geschäftlicher Angelegenheiten seitens des Bankiers an einen Dritten nicht die Preisgabe eines Geschäftsgeheimnisses des Kunden zu finden ist (vgl. über den Begriff Geschäftsgeheimnis JW. **12** 601, auch **RG. 53** 42 f. und **RG.** [Straff.] **29** 426), so steht der Bankier doch in einem besonderen Vertrauensverhältnisse zu seinem Auftraggeber, und bei ihrem Geschäftsverkehre handelt es sich um Angelegenheiten des Auftraggebers, in die dieser mit Recht unbeteiligten Dritten keinen Einblick gestattet. Es steht ihm das Recht der Zeugnisverweigerung zu und er muß davon Gebrauch machen.

II. Privatdetektiv. a) PosMSchr. **14** 18 (Königsberg). Der im Ehescheidungsprozesse von einer Partei mit der Beobachtung der anderen Partei beauftragte Detektiv ist zeugnisverweigerungsberechtigt. b) HansGZ. **14** Beibl. 28 (Hamburg). Das Zeugnisverweigerungsrecht der Auskunfteiangestellten ist nur dann zu versagen, wenn nach den besonderen tatsächlichen Verhältnissen die Pflicht zur Verschwiegenheit entfällt.

III. HessRspr. **14** 65 (Darmstadt). Die Zeugnisverweigerung eines Mitglieds des Vorstandes eines Vorschuß- und Kreditvereins über dessen Geschäftsverkehr mit einem Mitgliede der Genossenschaft ist berechtigt.

IV. a) HessRspr. **15** 17 (Darmstadt). Der Angestellte einer Haftpflichtversicherungsgesellschaft, die gegen Ansprüche aus Tötung oder Beschädigung von Menschen Versicherungsschutz gewährt, kann in dem Prozesse des Verletzten gegen den Haftpflichtigen das Zeugnis verweigern. b) Ebenso LeipzZ. **14** 1726 (Karlsruhe).

V. OLG. **29** 118 (KG.). Zeugnisverweigerung des Arztes

über die angebliche Geisteskrankheit eines verstorbenen Patienten ist unberechtigt.

VI. SächsRpflA. **14** 136 (Dresden). Der Angestellte eines Kgl. sächs. Notars ist betreffs der Vorgänge, von denen er in Ausübung seines Berufs Kenntnis erlangt, nicht kraft Amtes zur Verschwiegenheit verpflichtet.

VII. OLG. **29** 120 (KG.). Kein Zeugnisverweigerungsrecht des Notars über die Geschäftsfähigkeit des Erblassers nach dessen Tode.

§ 384. I. *Wurzer, BuschsZ. **44** 465. Den hier aufgestellten Satz, daß der außereheliche Beischlaf dem Manne schlechthin zur Unehre gereiche, beweist Wurzer gegenüber **RG.** WarnE. **12** Nr. 280 aus dem Strafrechte.

II. RheinA. **111** 70 (Cöln). Ein Weinkommissionär, der in einem Einkommensteuerveranlagungsverfahren auf Ersuchen der Steuerbehörde gemäß § 48 Abs. 4 EinkStG. durch das Amtgericht eidlich als Zeuge über seine Verkäufe von Weinen des Steuerpflichtigen vernommen werden soll, hat kein Zeugnisverweigerungsrecht. Mögen auch die Ankaufspreise ein Gewerbegeheimnis des Zeugen darstellen, so besteht doch zur Zeit der Vernehmung kein erhebliches und unmittelbares gewerbliches Interesse des Zeugen oder seiner Auftraggeber an ihrer Nichtoffenbarung. Es handelt sich um die Feststellung in einem Verfahren, das mit der Garantie der Geheimhaltung der Ermittlungen aus dem allgemeinen Gesichtspunkte der Amtsverschwiegenheit der beteiligten Beamten und aus dem besonderen des Bestehens der Strafbestimmung des § 75 EinkStG. versehen ist. Zudem ist weder eine irgendwie geartete Einwirkung der Offenbarung auf die allgemeine Geschäftslage der Weinkäufer, etwa die spätere Gestaltung von Einkaufs- oder Verkaufspreisen, Aufklärung von Konkurrenten ersichtlich noch die Gefahr vorhanden, daß dem Zeugen selbst aus der Angabe eine Beeinträchtigung seiner gewerblichen Tätigkeit erwachsen könnte.

III. R. **14** Nr. 1306 (Düsseldorf). Der Kunde von Mitgliedern einer Preiskonvention kann sein Zeugnis darüber verweigern, ob ihm von solchen eine verbotene Preisvergünstigung zugesagt ist.

§ 389. I. OLG. **29** 121 (KG.). Der Streitstoff für die Entscheidung über den konkreten Weigerungsgrund wird abschließend abgesteckt durch die vor dem Richterkommissar abgegebenen Erklärungen des Zeugen und der Parteien. Der Ausschluß neuer Tatsachen und Beweismittel ist ein vollständiger; er umfaßt auch die später etwa entstandenen oder bekannt gewordenen. Er gilt deshalb, wie der Senat im Anschluß an JW. **03** 241 und im Gegensatze zu **RG.** **67** 365 und der in den Kommentaren vorherrschenden Meinung annimmt, auch für die Beschwerdeinstanz, da die allgemeine Vorschrift des § 570 durch die Sonderbestimmung des § 389 Nr. 3 eingeschränkt wird.

II. SeuffA. **69** 373 (Cassel). Hat sich ein Zeuge dem Beklagten, seinem Arbeitgeber, gegenüber bei Meidung einer Vertragsstrafe verpflichtet, keinerlei Auskunft über die in Betracht kommende Erfindung zu geben, so kann derselbe sein Zeugnis sowohl nach Nr. 1 wie nach Nr. 3 verweigern.

§ 391. **RG.** **82** 273. Die zu Unrecht unterbliebene Vereidigung eines Zeugen kann nur dann zur Aufhebung des Berufungsurteils führen, wenn mindestens die Möglichkeit anzunehmen wäre, daß nach Beeidung der Aussage anders erkannt worden wäre.

§ 393. I. Rechtliches Interesse. 1. **RG.** WarnE. **14** 92. Rechtliches Interesse des Kraftwagenführers, dessen Verschulden bei einem Unfalle in Frage steht, liegt auch dann vor, wenn er durch einen Versicherungsvertrag gedeckt ist.

2. **RG.** **83** 182, SeuffA. **69** 291, BauersZ. **21** 243, R. **14** Nr. 99. Daß der

Zeuge als Aufsichtsrat der beklagten Gesellschaft an deren Reingewinn anteilsberechtigt ist, bedeutet nur ein entferntes wirtschaftliches und tatsächliches, nicht ein rechtliches Interesse am Prozeßausgange; das gleiche gilt hinsichtlich der Dividende gegenüber einem Aktionäre. Anders, wenn der Zeuge einen Ersatzanspruch zu befürchten hätte.

3. **RG.** R. **14** Nr. 805. Bei der Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung ist der Vollstreckungsschuldner am Ausgange des Rechtsstreits rechtlich interessiert.

II. R. **14** Nr. 1307 (BayObLG.). Über die Nichtbeeidigung eines angeblich am Prozeßausgang unbeteiligten Zeugen kann sich eine Partei dann nicht beschweren, wenn sie nicht angeben kann, was an der Aussage unrichtig sein soll.

§ 396. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Grundgesetz der Zeugenvernehmung ist die „primäre" Zeugenaussage. Der Richter hat unter allen Umständen den Zeugen zum unbeeinflußten zusammenhängenden Sprechen zu veranlassen. Notwendig ist die Erforschung des Grundes, auf dem die Wissenschaft des Zeugen beruht (causa testimonii). Eine psychologisch richtige Befragung muß bestrebt sein, die Fehlerquellen, die einer Zeugenaussage erfahrungsgemäß anhaften, aufzudecken, und zwar die Fehlerquellen der Wahrnehmung, Erinnerung, Wiedergabe. Der Richter muß zur Vermeidung von Mißverständnissen die Fragen so stellen, daß sie der Anschauungs- und Ausdrucksweise des Zeugen entsprechen. Die Stellung verfänglicher (kaptiöser) Fragen ist unerlaubt. Die Überlistung ist ein unethisches Kampfmittel, das im Prozesse grundsätzlich nicht geduldet werden darf. Suggestivfragen, d. h. solche Fragen, durch die eine bestimmte Antwort nahegelegt wird, sind grundsätzlich unerlaubt. Sie sind nur insoweit zulässig, als sie zur Abkürzung der Vernehmung über persönliche, aus den Akten bekannte Verhältnisse dienen, in geeigneten Fällen zur Auffrischung des Gedächtnisses. Soweit der Bericht des Zeugen durch Fragen zu ergänzen ist, stelle man nach Möglichkeit Fragen mit Fragewort, sogen. Bestimmungsfragen. (Was haben Sie gesehen, als Sie in das Zimmer traten? Was haben Sie gehört, als Sie die telephonische Verbindung hergestellt hatten?) Die Frage nach den Merkmalen eines Gegenstandes darf erst gestellt werden, wenn die Kenntnis seines Vorhandenseins festgestellt ist. Zu unterlassen sind Fragen, die nicht auf Tatsachen, sondern auf Urteile gerichtet sind. Dem Zeugen ist Gelegenheit zur Auffrischung des Gedächtnisses (Wiedererinnerung) zu geben. Er ist auf die in Frage kommenden Urkunden (Briefe, Geschäftsbücher, Rechnungen, Quittungen) schon bei der Ladung hinzuweisen. Ergibt sich die Möglichkeit solcher Gedächtnishilfen während der Vernehmung, so ist die Vernehmung später fortzusetzen. Das Fragerecht der Parteien kann regelmäßig erst nach Beendigung der richterlichen Vernehmung ausgeübt werden. Bei der Gegenüberstellung der Zeugen darf nicht unterstellt werden, daß alle beteiligten Zeugen die gleichen Wahrnehmungen gemacht und in gleicher Weise in der Erinnerung bewahrt haben müßten. Widersprüche beruhen häufig auf Verschiedenheiten in der Wahrnehmungsfähigkeit und Erinnerungstreue. Mit der Niederschrift der Zeugenaussage soll nicht zu früh begonnen werden, sondern erst, wenn etwaige Mißverständnisse aufgeklärt sind und dem Zeugen, der regelmäßig erst nach und nach seine natürliche Unbefangenheit erlangt, Gelegenheit gegeben ist, sich zu berichtigen. Bei der Niederschrift der Zeugenaussage kommt es darauf an, den vollständigen Zusammenhang des Geschehnisses zu erfassen, die jede Begebenheit begleitenden, ihr vorausgehenden, auf sie folgenden Umstände.

§ 399. SeuffA. **69** 374 (Cassel). Die Befugnis des Gegners des Beweisführers, die Vernehmung des erschienenen Zeugen und, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, deren Fortsetzung zu verlangen, muß in dem Termin wahrgenommen werden, der zur Vernehmung des Zeugen ansteht.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

Literatur: Magnus, Wie ist der Sachverständigenbeweis auszugestalten? LeipzZ. 14 1467—1477.

§ 404. RG. EisenbahnE. **30** 357. Die dem Gerichte gegebene Befugnis, die Zahl der Sachverständigen zu beschränken, gilt auch für Enteignungssachen.

§ 406. I. R. **14** Nr. 661 (Stuttgart). Die bloße Tatsache, daß der verletzte Kläger wegen der Unfallsfolgen in der Behandlung eines bestimmten Arztes steht und dieser Arzt ein Privatgutachten erstattet hat, kann für sich allein nicht für genügend erachtet werden, um das Mißtrauen der Beklagten gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu rechtfertigen, besonders, wo es sich um eine einfache körperliche Verletzung wie einen Armbruch, um die Begutachtung objektiv festzustellender körperlicher Folgen dieser Verletzung, und um die Frage handelt, ob überhaupt für die Zukunft noch irgendwelche Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit infolge der Verletzung in Aussicht zu nehmen ist.

II. Vorherige Erstattung eines Privatgutachtens. Sächs. RpflA. **14** 70, GewRschutz **14** 124 (KG.). Sie rechtfertigt die Ablehnung insbesondere in Patent- und Gebrauchsmusterprozessen, da hier erhöhte Anforderungen an die Unparteilichkeit des Sachverständigen zu stellen sind. Dies gilt auch dann, wenn der Sachverständige das Privatgutachten erst erstattet hat, nachdem er bereits einmal als gerichtlicher Sachverständiger vernommen worden ist und selbst, wenn er mit einer nochmaligen Vernehmung nicht gerechnet hat.

§ 412. RG. LeipzZ. **14** 390. Die nochmalige Vernehmung des Sachverständigen und die Erhebung eines Obergutachtens stehen im freien Ermessen des Gerichts. Vgl. BayObLG., JDR. **12**.

§ 414. OLG. **29** 122 (Naumburg). Der behandelnde Arzt ist Zeuge, solange er über die Krankheitserscheinungen, welche er zur Zeit der Behandlung beobachtet hat, über den Ausfall seiner Untersuchungen und über die Art der Behandlung, über die Krankheit, an der er den Kranken behandelt hat, über das Urteil endlich, das er sich zur Zeit der Behandlung über die Natur der Krankheit gebildet hat, vernommen wird. Sobald er aber darüber gefragt wird, welche Überzeugung er gegenwärtig von dem Charakter jener Krankheit hat, wird die Grenze des Zeugnisses überschritten, denn es wird von ihm verlangt, daß er sich jetzt ein Urteil erst bilden soll. Dieses kann mit Rücksicht auf die in der Zwischenzeit von der Wissenschaft gemachten Fortschritte, neuerlich von den Sachverständigen gemachten Erfahrungen oder auch das ihm mitgeteilte Ergebnis der von anderen Ärzten vorgenommenen Untersuchungen seiner zur Zeit der Behandlung gewonnenen Überzeugung gerade entgegengesetzt ausfallen.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

§ 415. BadRpr. **14** 107 (Karlsruhe). Beweiserhebungen aus einem Strafverfahren dürfen nicht gegen den Willen einer Partei in einem Zivilprozeß im Wege des Urkundenbeweises zum Ersatz nochmaliger Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen verwertet werden, weil die Partei sonst des Rechtes verlustig geht, sich durch Fragen an der Beweiserhebung zu beteiligen. Dagegen kann das Gericht seine Überzeugung auf den Inhalt des strafrichterlichen Urteils als Beweisurkunde stützen.

§ 425. RG. R. **14** Nr. 950. Die Vorlegung der Bücher des Gegners darf (abgesehen von §§ 45 ff. HGB.) nur angeordnet werden, wenn bestimmte erhebliche Tatsachen dafür als Beweissatz angegeben werden.

§ 432. I. **RG. 84** 142, R. **14** Nr. 951. Die Voraussetzungen des Abs. 2 liegen nicht vor, wenn die Partei lediglich in der Lage ist, sich Abschriften von den in den Händen einer öffentlichen Behörde sich befindenden Akten zu verschaffen (so bei Patenterteilungsakten).

II. RG. R. 14 Nr. 1139. Auf die Vermittlung des Prozeßgerichts zur Aktenbeischaffung hat eine Partei besonders dann Anspruch, wenn sie auf die Erteilung von Abschriften gegenüber der die Urkunde verwahrenden Behörde kein gesetzliches Recht hat.

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

§ 445. I. RG. WürttZ. 14 40. Es ist zulässig, den zugeschobenen Eid so zu fassen, daß der Beklagte nicht nur die von der beweispflichtigen Klägerin unter Eideszuschiebung behaupteten Äußerungen des Beklagten eidlich abzuleugnen hat, sondern daß er auch die Richtigkeit seiner eigenen Behauptungen beschwören soll. Das erscheint an sich zulässig.

II. RG. R. 14 Nr. 2521. Wird auf Schadensersatz mangels Herausgabe mit der Behauptung anderweitigen Verkaufs geklagt, so bedarf es bei der Eideszuschiebung nicht der Angabe des Käufers.

III. RG. LeipzZ. 14 1118. Unzulässige Eideszuschiebung an einen Streitgenossen über eine nur gegenüber dem anderen Streitgenossen erhebliche Behauptung.

IV. RG. LeipzZ. 14 178. Die Eideszuschiebung über die bestrittene Identität des von der Klägerin vorgelegten Musters war unzulässig, da mangels irgendwelcher Unterscheidungsmerkmale Beklagter unmöglich feststellen kann, ob unter den vorliegenden äußerlich gleichartigen Stahlproben sich das von ihm seinerzeit an die Klägerin übersandte Muster befindet; hierüber kann er lediglich ein Urteil abgeben, aber nicht eine Tatsache beschwören.

V. RG. JW. 14 240. Die Abgabe eines Heiratsgutversprechens kann zum Gegenstande der Eideszuschiebung gemacht werden.

§ 451. I. RG. ElsLothJZ. 14 53. Der Delat darf über den Inhalt und Umfang der Eidestatsache nicht im Zweifel gelassen werden; er muß imstande sein, sich die Eidestatsache im Unterschiede von anderen Tatsachen vorzustellen und zu prüfen, ob er eine Erklärung in Eidesform mit voller Verantwortlichkeit abzugeben vermöge. Zulässig erscheint die Eideszuschiebung darüber, daß der Delat einen gewissen Vorgang anderen, nicht näher bezeichneten Personen weiter erzählt hat.

II. RG. R. 14 Nr. 1140. Ob jemand wegen einer Forderung befriedigt ist, kann im einzelnen Falle sehr zweifelhaft sein und läßt sich jedenfalls ohne Kenntnis der Tatsachen, die zur Befriedigung geführt haben sollen — Zahlung, Leistung an Erfüllungs Statt, Aufrechnung, Erlaß —, nicht beurteilen. Ein solcher Eidesantrag würde also nur darauf hinauslaufen, den Eidespflichtigen zu einer Auskunfterteilung zu zwingen, zu der er nicht verpflichtet ist.

§ 460. *Pagenstecher, RheinZ. 6 533. Bedingte „Endurteile" sind ihrer rechtlichen Natur nach keine Endurteile, sondern selbständig anfechtbare Zwischenurteile. Sie sind nicht der materiellen Rechtskraft fähig. Daß der Richter an die Entscheidung „gebunden" ist, beruht hier nicht auf § 322, sondern auf § 318.

§ 461. RG. WarnE. 14 335. Auferlegung eines Eides durch Beweisbeschluß ohne Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 2. Heilung des Mangels infolge Nichtrüge in der sich anschließenden mündlichen Verhandlung.

§ 462. RG. R. 14 Nr. 2294. Diese Bestimmung ist nicht dadurch verletzt, daß das Gericht für den Fall, daß der Kläger den auferlegten Eid nur teilweise leisten sollte, die Entscheidung dem bereinigenden Endurteile vorbehalten hat.

§ 463. RG. ElsLothJZ. 14 53. Kann die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens gegen eine Partei wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der Eidespflicht bei Leistung eines von ihr während des Prozesses geschworenen Eides aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen, so ist der Gegenbeweis nach § 463 Abs. 2 zulässig.

§ 464. R. 14 382 (Hamburg). In der Erklärung des Schwurpflichtigen, er wolle den Eid heute noch nicht leisten, wolle sich vielmehr noch eingehend informieren

und bitte deshalb um Anberaumung eines neuen Termins, liegt keine Eidesverweigerung.

§ 471. RG. R. **14** Nr. 1876. Die Revision gegen ein bedingtes Endurteil, die erreichen will, daß der Eid anstatt von dem wegen Verschwendung Entmündigten von dessen Vormund geleistet werde, kann an dem inzwischen eingetretenen Wechsel in der Person des Vormundes nicht scheitern.

§ 472. RG. JDR. 12 jetzt auch SeuffA. **69** 117.

§ 473. RG. SächsRpflA. **14** 282, R. **14** Nr. 1875. Dem Vormund des wegen Verschwendung Entmündigten kann der richterliche Eid auch dann auferlegt werden, wenn er nur in der Überzeugungsform, der Entmündigte aber in der Wahrheit schwören könnte.

§ 475. I. **RG.** JW. **14** 253, R. **14** Nr. 2523. Es begründet die Aufhebung des Urteils, wenn sich das Gericht ersichtlich seines Rechtes nicht bewußt war, an Stelle des zugeschobenen Eides einen richterlichen Eid aufzuerlegen. Vgl. JDR. **12** II 1.

II. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1094, WarnE. **14** 335. Zwar ist es an sich eine Frage der Beweiswürdigung, ob einer Partei ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, und der Tatrichter ist berechtigt, die Frage ohne weitere Begründung zu verneinen. Hat er jedoch die Gründe angegeben, die ihn zur Abstandnahme von einem richterlichen Eid veranlaßten, und erweisen sich diese als von Rechtsirrtum beeinflußt, so führt ein solcher Rechtsirrtum zur Beanstandung des Urteils in der Revisionsinstanz. So ist hier die Sachlage. Aus dem angeführten Satze des Berufungsurteils ist zu entnehmen, daß das Berufungsgericht von einer glaubwürdigen Beklagten in gleicher Prozeßlage verlangt haben würde, daß sie sich von dem vorliegenden Verdachte des Ehebruchs durch den richterlichen Eid reinige; es wird also vom Berufungsgericht der Beklagten hier gerade wegen ihrer Unglaubwürdigkeit eine vorteilhaftere prozessuale Stellung eingeräumt, als dies gegenüber einer glaubwürdigen Partei geschehen würde. Das verstößt gegen die rechtlichen Grundsätze, die für die Auferlegung des richterlichen Eides gelten. Vgl. JDR. **12** II 2 a, b.

§ 477. RG. LeipzZ. **14** 1218, GruchotsBeitr. **58** 1092. Die im § 477 Abs. 1 vorgeschriebene entsprechende Anwendung der Bestimmungen des § 473 Abs. 1, 2 auf den richterlichen Eid des § 475 kann zwar nicht dahin führen, daß auch der richterliche Eid einer solchen prozeßunfähigen Partei nur auf Antrag des Gegners auferlegt werden dürfte, denn die Auferlegung des richterlichen Eides hängt begrifflich von dem ausschließlichen Ermessen des Gerichts ab. Dem Ermessen ist aber durch § 477 Abs. 1 insofern eine Schranke gezogen, als auch der richterliche Eid grundsätzlich dem Vertreter der prozeßunfähigen Partei und nur ausnahmsweise, sofern eigene Handlungen oder Wahrnehmungen der Partei in Betracht kommen, und sofern es außerdem „nach den Umständen des Falles" zulässig erscheint, der Partei persönlich auferlegt werden soll.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 490. KGBl. **14** 75 (KG.). Im Beweissicherungsverfahren ist die Ablehnung der von dem Antragsteller benannten Sachverständigen wegen Befangenheit unzulässig.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten

Literatur: Dittrich, Zustellung verkündeter amtsgerichtlicher Beschlüsse, BayRpflZ. **14** 37. — v. Seuffert, Sind in dem Verfahren vor den Amtsgerichten verkündete Beschlüsse des Gerichts von Amts wegen zuzustellen? BayRpflZ. **14** 57.

§ 501. I. *Haberstumpf, BayNotZ. **13** 239. Nicht § 501 verpflichtet die Behörden zu gegenseitiger Auskunftserteilung, sondern die landesrechtlichen Verwaltungsnormen (BayRpflZ. **14** 363). — Das ist in Preußen die Verordnung vom 2. Januar 1849, in Bayern die Verordnung vom 28. April 1901 § 14 Abs. 2.

II. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Der Amtsrichter hat bei Anwendung des § 501 von den Anordnungen der Ziff. 1, 2, 3, 5 weitesten Gebrauch zu machen, jedoch vor Ladung von Zeugen und Sachverständigen sich gegenwärtig zu halten, daß der Umfang einer Beweisaufnahme regelmäßig nicht ohne erschöpfende Erörterung des Sachverhältnisses zu bestimmen ist und diese Erörterung zur Abkürzung des Streites oder zur gütlichen Beilegung führen kann. Zu empfehlen ist die Ladung von Zeugen und Sachverständigen zur Ergänzung oder Berichtigung einer angeordneten Beweisaufnahme. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien ist nicht nur Mittel zur Ausübung des Fragerechts, sondern Mittel zur Aufklärung des Sachverhältnisses. Die unmittelbare Anhörung und Befragung der Parteien ist begrifflich und tatsächlich von einer uneidlichen Parteienvernehmung nicht zu trennen. Sie hat denselben Beweiswert wie eine uneidliche Parteienvernehmung. Bei Streitigkeiten, die auf einen Briefwechsel zurückgehen, sind zur Aufklärung des Sachverhalts sämtliche, unter den Parteien gewechselte Schriftstücke vollständig vorzulegen. Die Einnahme des richterlichen Augenscheins (einschließlich der Vorlegung des Streitobjekts), sowie die Begutachtung durch Sachverständige, sind empfehlenswerte Hilfsmittel zur Abkürzung und Verbilligung der Prozesse.

§ 502. *Levin, Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Die richterliche Aufklärungspflicht des § 502 ZPO. bezweckt die Hinführung der Parteien auf die ihnen zu Gebote stehenden Rechtsbehelfe, nicht aber die Erhebung von Prozeßrügen, abgesehen von der Einrede der sachlichen Unzuständigkeit. Die Pflicht, auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken, umfaßt auch die Klagänderung, soweit dadurch die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird.

§ 504. NaumburgAK. **14** 43 (LG. Stendal). Gegen den Beklagten, der nach vorangegangenem Mahnverfahren und rechtzeitig erhobenem Widerspruch im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, kann von dem an sich sachlich unzuständigen Amtsgericht Versäumnisurteil nur dann erlassen werden, wenn besondere Umstände dargetan werden, aus denen sich die stillschweigende Prorogation des Amtsgerichts ergibt.

§ 505. I. R. **14** Nr. 2524, SeuffA. **69** 292 (Augsburg). Die Verweisung an das Landgericht ist auch für die örtliche Zuständigkeit bindend, selbst wenn mit der Klage vor dem sachlich unzuständigen Amtsgericht ausdrücklich bezweckt war, durch die Verweisung den Streit über die örtliche Zuständigkeit zu vermeiden. Vgl. dagegen Schumacher, JDR. **12** II.

II. LeipzZ. **14** 1578, OLG. **29** 126, R. **14** Nr. 1599 (Hamburg). Diese Bestimmung gewährt den ordentlichen Gerichten die Befugnis, Sachen, für die das Kaufmanns- oder Gewerbegericht zuständig ist, die aber an die ordentlichen Gerichte gebracht sind, unmittelbar mit bindender Wirkung an das Kaufmanns- oder Gewerbegericht zu verweisen.

III. HessRspr. **14** 41 (LG. Darmstadt). Die nach Abs. **3** zu ergehende Entscheidung hat im Urteile zu erfolgen.

IV. OLG. **14** 155 (München). Der Verweisungsbeschluß ist gebührenfrei.

§ 506. JW. **14** 1094 (Kassel). Wenn eine die landgerichtliche Zuständigkeit begründende Klagerweiterung erst in der Berufungsinstanz vorgenommen ist, darf das Landgericht die Sache nicht an sich als erste Instanz verweisen, sondern muß über sie als Berufungsgericht entscheiden.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

Literatur: Becher, Kann im Berufungsverfahren über den Grund des Anspruchs ein daran nicht mehr beteiligter Streitgenosse als Zeuge vernommen werden? LeipzZ. **14** 1339—1343. — Levin, Über Rechtsmittelbelehrung, DJZ. **14** 655 ff.

§ 511. I. **RG.** JW. **15** 148. Von dem Grundsatze, daß der, welcher ein Urteil anficht, durch das Urteil beschwert sein muß, gilt für Ehesachen eine Ausnahme, wenn das Rechtsmittel lediglich zum Zwecke der Zurücknahme der Scheidungsklage oder zum Zwecke des Verzichts auf den Scheidungsanspruch eingelegt wird. Vgl. JDR. **12** 1.

II. BadRpr. **14** 95 (Karlsruhe). Die Berufung des Beklagten ist zulässig, wenn sie zwecks Zurücknahme des Antrags nach § 1575 Abs. 1 Satz 2 BGB. eingelegt ist.

III. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1095. Wenn der Rechtsstreit durch die Befriedigung des Klägers unstreitig seine Erledigung gefunden hat, ist die Einlegung des Rechtsmittels auch dann unzulässig, wenn das erstinstanzliche Gericht auf Abweisung der Klage erkannt hatte.

IV. EisenbE. **30** 317 (Kiel). Es liegt eine Beschwerung des Beklagten vor, wenn der Kläger seine Schadensersatzansprüche lediglich auf das Reichshaftpflichtgesetz, der Richter aber in den Gründen das Urteil auf § 843 BGB. stützt.

§ 514. Schmid, Der vertragsmäßige Verzicht auf Rechtsmittel GruchotsBeitr. **58** 350—369.

§ 515. I. OLG. **29** 132, PosMSchr. **13** 147 (Stettin). Wird zwischen dem eine Entmündigung Anfechtenden und dem Antragsteller nach Erlaß eines der Anfechtungsklage stattgebenden erstinstanzlichen Urteils ein Vergleich dahin geschlossen, daß der Antragsteller die Berufung gegen das Urteil zurücknimmt und der Anfechtungskläger die Kosten trägt, so kann der Anfechtungskläger nach der Zurücknahme der Berufung nur noch den Antrag auf Verlustigerklärung stellen. Dem Antrag auf Verurteilung in die Kosten steht der Vergleich entgegen, der hier nur noch prozessuale Bedeutung hat, nämlich die Beseitigung der Rechtshängigkeit bezweckt und deshalb auch gegenüber dem Anspruch aus § 515 Abs. 3 zulässig ist (**RG.** JW. **00** 342, **02** 185). Vgl. JDR. **12** II 2.

II. **RG.** JW. **14** 880, R. **14** Nr. 2295 a. Hat der Berufungsbeklagte im Verhandlungstermine, nachdem der Berufungskläger seinen Berufungsantrag verlesen hat, nicht nur die Zurückweisung der Berufung beantragt, sondern sogleich auch seine Anschließung an die Berufung erklärt, so hat damit die mündliche Verhandlung des Berufungsbeklagten im Sinne des § 515 Abs. 1 ZPO. begonnen. Der Berufungskläger kann deshalb nun nicht mehr ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten die Berufung zurücknehmen. Hieran ändert es auch nichts, wenn nach Stellung der genannten Anträge es zu einer Erörterung der Streitsache noch nicht gekommen ist.

III. Klagerücknahme durch Bezugnahme auf einen Schriftsatz. OLG. **29** 67, R. **14** Nr. 799 (Braunschweig). Nach § 137 Abs. 2, 3 hätte allerdings der Beklagte die Zurücknahme seiner Berufung mündlich erklären müssen und sich nicht auf die Bezugnahme seines Schriftsatzes beschränken dürfen. Aber wie weit jene Vorschrift im Einzelfalle streng anzuwenden sei, steht im Ermessen des Gerichts. Wenn dieses an Stelle des mündlichen Vortrags mit der Bezugnahme auf ein Schriftstück sich zufrieden gibt, hat es dessen Inhalt auch als vorgetragen anzusehen. Dieser Fall liegt hier vor. Denn der Vorsitzende ist gegen den Beklagten nicht eingeschritten, wie es sonst seine Pflicht gewesen wäre (§§ 136, 139), und es ist nicht ersichtlich, daß das Gericht als Kollegium das Verfahren des Beklagten bemängelt hätte. Deshalb ist davon auszugehen, daß der Beklagte zulässigerweise (§ 515 Abs. 2) bei der mündlichen Verhandlung die Zurücknahme der Berufung erklärt hat.

IV. Über die Kosten der Anschlußberufung vgl. unten Ziff. II zu § 522.

§ 516. OLG. **29** 224 (Dresden). Die Zustellung einer Urteilsabschrift, in der Tatbestand und Gründe weggelassen sind, eröffnet nicht die Berufungsfrist.

§ 518. BreslauAK. **14** 29 (LG. Breslau). Zur Wahrung der Berufungsfrist genügt Präsentation der Berufungsschrift am Abend des letzten Tages der Frist in der Wohnung des Gerichtsschreibers.

§ 522. Kosten der Anschluß-Berufung und -Revision. I. **RG.** R. **14** Nr. 232. Rücknahme eines Rechtsmittels vor der mündlichen Verhandlung verpflichtet auch zur Tragung der Kosten einer bereits erklärten unselbständigen Anschließung.

II. OLG. **29** 183 (Celle). Die Kosten der Ankündigung der Anschlußberufung gelten nicht als Kosten des Rechtsmittels.

III. **RG.** LeipzZ. **14** 1205, JW. **14** 774. Der Revisionskläger hat die Kosten der Anschlußrevision zu tragen, wenn er die Revision zurücknimmt und die Anschließung damit ihre Wirkung verliert. Ebenso **RG.** JW. **14** 156, GruchotsBeitr. **58** Nr. 128.

IV. **RG.** R. **14** Nr. 2281. Ist die Revision mangels Revisionssumme unzulässig, so ist der Anschlußkläger hinsichtlich seiner damit gegenstandslosen Anschließung kostenpflichtig und eine entsprechende Kostenverteilung nach § 92 vorzunehmen.

§ 523. **RG.** LeipzZ. **14** 281. Ist in der Berufungsbegründung eine allgemeine Verweisung auf das erstinstanzliche Vorbringen enthalten, so ist damit eine prozeßordnungsmäßige Beweisantretung in der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte nicht gegeben. Die Beweisanträge in den erstinstanzlichen Schriftsätzen sind vom Berufungsgerichte mit Recht übergangen.

§ 526. **RG.** R. **14** Nr. 1600. Eine Behauptung muß nicht schon unter allen Umständen deshalb als auch in zweiter Instanz vorgebracht gelten, weil sie in dem vorgetragenen Tatbestand erster Instanz erwähnt ist.

§ 527. **RG.** R. **14** Nr. 1716. Enthält das neue Vorbringen des Klägers keine neue Begründung der erhobenen negativen Feststellungsklage, sondern nur eine anderweite Verteidigung gegen die mit dieser Klage abzuwehrenden Ansprüche des Beklagten, so liegt Klagänderung nicht vor.

§ 529. I. **RG.** LeipzZ. **14** 281. Die Partei ist berechtigt, unter Beachtung der Formvorschriften des Berufungsverfahrens auf früher von ihr fallengelassene Behauptungen zurückzukommen und sie zu ergänzen. Das Fallenlassen der eigenen Behauptung bedeutet nicht ohne weiteres, daß die etwaige Behauptung des Gegners zugestanden werde.

II. **RG.** R. **14** Nr. 2710. Feststellung der Haftung des Gegners aus einem Wechsel stellt keine Klagänderung gegenüber dem früheren Antrag auf Verneinung der Rückgabepflicht dar, wenn der Streit von vornherein sich nicht auf den Wechselbesitz als solchen, sondern auf die Wechselhaftung bezog.

III. **RG.** R. **14** Nr. 2104. Ein Anspruch ist nicht schon deshalb neu, weil er früher unklar und schlecht substantiiert war.

§ 535. **RG.** R. **14** Nr. 100. Trägt die Urschrift der Berufungsschrift nicht die Unterschrift des betreffenden bei dem Berufungsgerichte zugelassenen Anwalts, sondern überhaupt keine Unterschrift, so ist die Berufung unzulässig, auch wenn die dem Gerichte mit eingereichte beglaubigte Abschrift der Berufungsschrift die Unterschrift des Anwalts unter dem Beglaubigungsvermerke trägt.

§ 538. I. **RG.** R. **14** Nr. 1878. Zurückverweisung nach § 538 Abs. 1 Nr. 3 kann nur erfolgen, wenn der eingeklagte Anspruch schon im ersten Rechtszuge nach Grund und Betrag streitig war, nicht aber auch dann, wenn dort lediglich dem Grunde nach Streit herrschte. Daraus folgt aber nicht, daß Zurückverweisung auch dann ausgesprochen werden muß, wenn zwar der Anspruch im ersten Rechtszug auch dem Betrage nach streitig war, im zweiten Rechtszuge jedoch über den Betrag kein Streit mehr besteht.

II. **RG.** R. **14** Nr. 2297. Hat die erste Instanz über Grund und Betrag vollständig verhandelt, dann aber die Klage abgewiesen, so findet eine Zurückverweisung aus der Berufungsinstanz nicht mehr statt.

III. **RG.** R. **14** Nr. 663. Das Untergericht ist in gleichem Umfang an die Entscheidung des Berufungsgerichts gebunden, wie letzteres an die Entscheidung des Revisionsgerichts nach § 565 Abs. 2.

IV. **RG.** R. **14** Nr. 2296. Der dem Grunde nach obsiegende Kläger hat kein Interesse, die Zurückverweisung anzufechten.

V. **RG.** R. **14** Nr. 2298. Ist der Rechtsstreit mit Unrecht hinsichtlich eines Anspruchsteils in die Vorinstanz zurückverwiesen worden, so kann sich keine Partei darüber beschweren, daß die Zurückverweisung angeblich sogar noch in weiterem Umfange hätte geschehen sollen.

§ 539. **RG.** SeuffA. **69** 375, BayRpflZ. **14** 210. Zurückverweisung des Berufungsgerichts wegen eines Mangels im Verfahren kann nicht aus Gründen zur Sache selbst angefochten werden.

§ 541. I. *Schäffer, JW. **14** 974. Über das Verhältnis des Rückforderungsanspruchs zu den Bekanntmachungen des Reichskanzlers über die Geltendmachung von Ansprüchen von Personen, die im Ausland ihren Wohnsitz haben, vgl. zu § 717.

II. OLG. **29** 134 (Celle). Rückzahlung von Kosten bei Aufhebung des Vorbehaltsurteils.

§ 542. SächsOLG. **35** 152 (Dresden). Die mangels Angabe jeder konkreten Tatsache gar nicht nachprüfbare Behauptung, die Klägerin habe ohne Beeinträchtigung ihres notdürftigen Unterhalts bzw. bei gleichmäßiger Verwendung ihrer Mittel auch den der Beklagten gewährten Erziehungsbeitrag noch aufbringen können, ist nicht rein tatsächlicher Natur, sondern schließt schon rechtliche Beurteilung in sich. Sie unterliegt daher nicht der im Abs. 2 vorgeschriebenen Behandlung.

§ 543. **RG.** WarnE. **14** 336. Bezugnahme auf das erste Urteil ist nur zulässig, wenn dieses einen vorschriftsmäßig abgefaßten Tatbestand enthielt.

Zweiter Abschnitt. Revision.

Literatur: Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Rechte. Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von der Auslegung der Rechtsgeschäfte und von der Revision. Leipzig 1914.

§ 545. **RG.** R. **14** 1879. Die Revision ist zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe auch dann zulässig, wenn der Revisionskläger durch das Berufungsurteil nicht beschwert ist.

§ 546. I. **RG.** LeipzZ. **14** 69. Keine Glaubhaftmachung des Wertes einer Konkursforderung, wenn der Revisionskläger lediglich behauptet, daß nach den Mitteilungen des Konkursverwalters im letzten Prüfungstermin eine Konkursdividende von 50 pCt. zu erwarten sei, und sich hierfür auf die einzuziehenden Konkursakten beruft, sich auch zur Beibringung einer Bescheinigung bereit erklärt. Die Glaubhaftmachung muß mittels sofort bereiter Beweismittel (vgl. § 294) zur Zeit der nach § 554 a vorzunehmenden Prüfung erfolgt sein (**RG. 68** 340). Dem Revisionskläger nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist zur Nachholung der fehlenden Glaubhaftmachung Gelegenheit zu geben, würde dem Zwecke des § 554 a Abs. 2 zuwiderlaufen.

II. **RG.** LeipzZ. **14** 478. Die Beklagten zu 1, 2 und 4 sind verurteilt worden: a) 3000 M. zu zahlen; b) die Klägerin von ihren Verpflichtungen aus der Hypothek von 1000 M. und der Sicherheitshypothek von 600 M. zu befreien. Hiernach kann außer dem Betrage von 3000 M. nur noch in Berechnung kommen das Interesse, das die Klägerin daran hat, daß sie hinsichtlich der den beiden Hypotheken zugrunde liegenden Forderungen außer Schuldverbindlichkeit gesetzt wird. Dieses Interesse

ist aber nur gering zu bewerten, weil für eben jene Forderungen das Grundstück haftet, und mithin daneben die persönliche Haftung der Klägerin nur eine geringe Rolle spielt. Höher als das Interesse der Klägerin läßt sich nunmehr das Interesse der drei Beklagten keinesfalls veranschlagen. Was die Beklagte zu 3 anlangt, so ist diese überhaupt nur zur Einwilligung in die Löschung der beiden Hypotheken von 1000 M. und 600 M. verurteilt worden. Der Wert des Streitgegenstandes ließ sich danach gemäß § 3 insgesamt lediglich auf Höhe von 3500 M. abschätzen.

III. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 494. Revisionssumme und Beschwerdewert bei einer Unterlassungsklage aus § 3 UnlWG.

IV. **RG.** JW. **14** 208. Zulässigkeit der Revision. Stützt sich ein Anspruch auf einen nichtvermögensrechtlichen und auf einen vermögensrechtlichen Grund und wird der erstere vom Berufungsgerichte zurückgewiesen, so ist die Zulässigkeit der Revision des Beklagten jedenfalls dann vom Vorhandensein der Revisionssumme bedingt, wenn der Beklagte nur vermögensrechtliche Ziele verficht.

§ 547. I. R. **14** Nr. 2525 (BayOLG.). Ist der Rechtsweg mit Unrecht als unzulässig erklärt, so steht dem Revisionsgerichte die volle Nachprüfung des Urteils zu.

II. **RG. 82** 126. Über die Zulässigkeit des Rechtswegs ist auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu entscheiden.

III. **RG. 82** 407. Für die Ansprüche der Kolonialbeamten auf Grund des KolonialbeamtenG. vom 8. Juni 1910 sind die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig.

§ 549. I. **RG.** JW. **14** 209. Widerspruchsvolle Anwendung irrevisiblen Rechtes begründet die Revision.

II. **RG.** R. **14** Nr. 235. Auch bei der Auslegung der Satzung einer Aktiengesellschaft ist das RG. nicht an die Auslegung der Instanzgerichte gebunden. Auch hier handelt es sich nicht um individuelle Rechtsbeziehungen; auf Grund der Satzung vollzieht sich vielmehr der Erwerb der Aktien im Verkehre. Der Erwerber muß sich auf ihre einheitliche Auslegung verlassen können.

III. **RG.** R. **14** Nr. 234. Bei der Beurteilung der Rechtskraft eines Schiedsspruchs ist das Revisionsgericht in gleicher Weise beschränkt, wie bei der Auslegung von Verträgen.

IV. Revisibles Recht. 1. **RG.** R. **14** 952. Die Vorschriften des französischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom 16./24. August 1790 Tit. II Art. 13 und des Dekrets vom 16. Fructidor III gelten in Elsaß-Lothringen noch und sind revisibel, weil sie früher auch in anderen jetzt deutschen Gebietsteilen in Kraft waren.

2. **RG.** R. **14** Nr. 233, LeipzZ. **14** 281. Die Betriebsordnung für den Kaiser-Wilhelm-Kanal enthält revisibles Recht.

3. **RG. 82** 47. Das RBG. vom 31. März 1873 bildet insoweit, als es durch Art. I Abs. 2 G. betr. die Rechtsverhältnisse der Beamten und Lehrer, vom 23. Dezember 1873 für die Landesbeamten von Elsaß-Lothringen eingeführt ist, kein revisibles Recht.

V. Irrevisibles Recht. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2891. Auf die Verletzung einer Norm des internationalen Steuerrechts kann die Revision nicht gegründet werden.

2. **RG.** R. **14** Nr. 236. Die Rechtsgrundsätze über das in Württemberg geltende Stockwerkseigentum sind irrevisibles Recht.

3. **RG.** LeipzZ. **14** 178, GruchotsBeitr. **58** 485, JW. **14** 48. Das neue Bad. WasserG. vom 26. Juni 1899 ist nicht revisibel.

§ 550. I. Freiere Stellung des Revisionsgerichts bei Auslegung von Versicherungsbedingungen. **RG.** JDR. **12** III 3 b jetzt auch LeipzZ. **14** 289.

II. **RG.** WarnE. **14** 335. Zwar ist es an sich eine Frage der Beweiswürdigung, ob einer Partei ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, und der Tatrichter ist berechtigt, die Frage ohne weitere Begründung zu verneinen. Hat er jedoch die Gründe angegeben, die ihn zur Abstandnahme von einem richterlichen Eide veranlaßten, und erweisen sich diese als von Rechtsirrtum beeinflußt, so führt ein solcher Rechtsirrtum zur Beanstandung des Urteils in der Revisionsinstanz.

III. **RG.** R. **14** Nr. 2892. Ob die grundlegenden Voraussetzungen für eine vertragliche Bindung (Bestimmbarkeit der Leistung) erfüllt sind, ist nicht eine reine Auslegungsfrage und unterliegt der unbeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

IV. **RG.** WarnE. **14** 313. Die Auslegung eines Testaments unterliegt nicht der freien Nachprüfung des Revisionsgerichts.

§ 551. I. **RG.** JW. **15** 250. Der Mangel der gesetzlichen Vertretung einer Partei ist im Prozesse zu jeder Zeit, auch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu prüfen.

II. **RG.** R. **14** Nr. 2299. Nr. 7 trifft nur die Fälle, wo die Entscheidungsgründe vollständig fehlen oder wo in ihnen ein ganzer Rechtsbehelf mit Stillschweigen übergangen ist (**RG. 65** Nr. 26), nicht aber den Fall, daß lediglich ein Mangel in der Begründung vorliegt (**RG.** R. **14** Nr. 1881).

§ 554. I. **RG.** R. **14** Nr. 1455. Die Revisionsbegründung muß gegenüber jedem Streitgenossen erfolgen, wenn die Verurteilung auf verschiedener tatsächlicher Grundlage beruht.

II. Abs. 2 Nr. 1. **RG.** R. **14** Nr. 2300. Ist der Dienstvertrag, aus dem der abgetretene Gehaltsanspruch abgeleitet ist, wegen Irrtumsanfechtung für ungültig erklärt, hinsichtlich des unpfändbaren Gehaltsteils aber die Klage wegen Unwirksamkeit der Abtretung abgewiesen, so genügt als Revisionsbegründung der Angriff gegen die Irrtumsanfechtung.

§ 556. Über die Kosten der Anschlußrevision vgl. oben zu § 522.

§ 559. I. **RG.** R. **14** Nr. 2526. Ist in den Vorinstanzen nachträgliche Schuldentlassung behauptet worden, so kann in der Revisionsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden, die Schuld sei von vornherein nicht entstanden.

II. **RG.** WarnE. **14** 58. Hat das Berufungsgericht unzutreffend auf die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts hin auf Klagabweisung erkannt, so liegt Gesetzesverletzung im Sinne des § 559 Satz 2 vor.

III. **RG.** WarnE. **14** 483. Änderung des Kostenpunktes auch ohne Rüge in der Revisionsbegründung; Änderung sogar zum Nachteile des Revisionsklägers.

§ 561. **RG.** JW. **14** 485. Ein Verstoß gegen Erfahrungstatsachen ist keine im Rechtszuge der Revision beachtliche Gesetzesverletzung.

§ 562. **RG.** LeipzZ. **14** 667. Die von dem OLG. dem ausländischen Rechte gegebene Auslegung ist für das Revisionsgericht maßgebend, auch wenn es sich, wie bei der Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, um einen von Amts wegen zu prüfenden Punkt handelt. Läßt das ausländische Recht für die Scheidungsklage ausländischer Ehegatten die Vereinbarung der Zuständigkeit des nach § 606 zuständigen deutschen Gerichts zu, so kann diese Erklärung, sofern sie einen vor einem deutschen Gericht anhängigen Rechtsstreit betrifft, in ihrer Wirksamkeit nur nach deutschem Rechte beurteilt werden. Nach diesem Rechte können aber Zuständigkeitsvereinbarungen, ebenso wie andere den Prozeß gestaltende Verfügungen der Parteien (vgl. wegen der Zurücknahme von Rechtsmitteln **RG. 81** 117) wegen Irrtums nicht angefochten werden.

§ 565. I. *Fraeb, Rechtsgang II 239 ff., hebt hervor, daß von einer allgemeinen gesetzlichen Pflicht des untergeordneten Gerichts, sich an die Meinung des

ihm übergeordneten zu halten, keine Rede sein kann, zumal wenn diese abweichenden Ansichten nur in unverbindlichen, eines prozessualen Charakters entbehrenden Schreiben der Gerichte, nicht aber in ordnungsmäßig erlassenen Prozeßdekreten zum Ausdrucke gebracht worden sind. Die ZPO. kennt ja im 3. Abschn. ihres III. Buches eine der Bestimmung des § 565 Abs. 2 entsprechende Vorschrift nicht. Es ist höchstens eine analoge Anwendung dieser Vorschrift für das Beschwerdeverfahren denkbar. Dies könnte aber selbstverständlich nur zulässig sein, wenn vom Beschwerdegerichte die Beschwerde für begründet erachtet wird und es deshalb die erforderliche Anordnung demjenigen Gericht übertragen will, von welchem die beschwerende Entscheidung erlassen war. Es wird ein Fall mitgeteilt, in welchem unter solchen Umständen ein Landgericht von einer Pflichtverletzung des Amtsgerichts sprechen zu dürfen glaubte. Das Amtsgericht hatte entgegen der vom Landgericht in einem Schreiben an das Amtsgericht dargelegten Auffassung auf seinem Standpunkte beharrt, daß gegen den Haftbefehl im Offenbarungseidverfahren die sofortige Beschwerde und nicht Erinnerung gemäß § 766 gegeben sei. Das OLG. trat der Meinung des Amtsgerichts bei. Das Landgericht hatte in seinem Beschluß unter anderem ausgeführt, der Schuldner sei vom Amtsgerichte falsch „unterrichtet worden". „Sein Begehren hätte längst in einfacher und schleuniger Weise erledigt werden können, wenn das Amtsgericht, wie es seine Pflicht war, der Meinung des Landgerichts gefolgt wäre und das Begehren des Schuldners auf dem Wege des § 766 erledigt hätte. Es ist Sache des Amtsgerichts, diese Rechtsverweigerung nicht fortzusetzen, sondern das Gesuch des Schuldners der Weisung des ihm übergeordneten Gerichts entsprechend zu prüfen. Die Kosten dieses Beschlusses sind gemäß § 6 GKG. nicht zu berechnen, da anzunehmen ist, daß der Schuldner zu der Beschwerde lediglich durch unrichtige Belehrung ohne sein Verschulden veranlaßt worden ist." Der Schuldner hatte durch einen Anwalt seine weitere Beschwerde damit begründet, daß er vom Amtsrichter durchaus richtig belehrt worden sei. In den meisten Fällen wird es aber bei der Beschwerdeentscheidung verbleiben. Die Partei hält sich vom Amtsrichter für falsch belehrt und die diesem erteilte Belehrung für wohl verdient. Der Amtsrichter selbst ist außerstande, sich zu rechtfertigen. Es muß besonders gefährlich sein, wenn in solcher Weise wie im mitgeteilten Falle gegen einen Assessor vorgegangen wird.

II. **RG. R. 14** Nr. 385. Auch das Festhalten des Berufungsgerichts an einem vom Revisionsgericht gebilligten Punkte kann zur Aufhebung des zweiten Urteils führen, wenn sich nunmehr zufolge anderweitiger Rechtsauffassung des Berufungsgerichts insoweit Widersprüche zeigen. Vgl. JDR. **12** 1.

§ 566. Kosten der Anschlußrevision, wenn der Revisionskläger die Revision zurückgenommen hat, vgl. oben Ziff. 3 zu § 522.

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

§ 567. I. OLG. **14** 93 (München). Behandlung der Beschwerde über die Beschlüsse des OLG.

II. Einzelfälle der Unzulässigkeit der Beschwerde. 1. OLG. **29** 135 (KG.). Die auf die unterbliebene Zustellung des Armenrechtsablehnungsbeschlusses gestützte Beschwerde ist unzulässig.

2. OLG. **29** 135 (KG.). Keine Beschwerde wegen Nichtzulassung zur Zeugenvernehmung.

3. OLG. **29** 134 (Naumburg). Keine Anfechtung des Beschlusses, der die Kostenberechnung vorbereitet, indem er einem Sachverständigen gestattet, für das auszuarbeitende Gutachten nach dem Tarife der Ingenieure zu liquidieren.

§ 569. OLG. **29** 136 (Cassel). Durch Einlegung der Beschwerde zum Sitzungsprotokoll ist der Formvorschrift des Abs. 2 genügt.

§ 574. KGBl. **25** 88 (KG.). Bei prozessualer Unzulässigkeit ist die trotzdem erfolgte materielle Würdigung unbeachtlich und als nicht erfolgt zu behandeln.

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 578. RG. WarnE. **14** 188. Unter die rechtskräftigen Endurteile, gegen die eine Restitutionsklage zulässig ist, fallen auch die auf einen Eid erkennenden bedingten Endurteile.

§ 579. I. Nr. 3. ElsLothJZ. **14** 523 (Colmar). Voraussetzungen für die Ablehnung eines Richters, der vor Entscheidung über das Ablehnungsgesuch das beanstandete Urteil schon gefällt hat.

II. Nr. 4. **a)** PosMSchr. **14** 43 (Posen). Nichtigkeitsklage gegen ein rechtskräftiges Berufungsurteil wegen Mangels gesetzlicher Vertretung einer entmündigten Partei im Vorprozesse. **b)** PrVerwBl. **36** 8 (OVG.). Der Mangel der Ladung zur mündlichen Verhandlung ist nicht identisch mit einem Mangel in der gesetzlichen Vertretung der Prozeßpartei im Sinne der Nr. 4.

§ 580. I. **RG.** WarnE. **14** 189. Nach Bejahung der Zulässigkeit der Restitutionsklage ist zu prüfen, ob die den Restitutionsgrund bildende Urkunde zu einer dem Kläger nach irgendeiner Richtung günstigeren Entscheidung geführt haben würde.

II. **RG. 84** 144, R. **14** Nr. 953. Wäre der Restitutionskläger im früheren Verfahren imstande gewesen, Patenterteilungsakten einzusehen und zu verwerten, und hat er dies schuldhaft unterlassen, so ist die Restitutionsklage unzulässig.

III. **RG.** LeipzZ. **14** 377, WarnE. **14** 48. Eine neu aufgefundene, ein Sachverständigengutachten enthaltende Urkunde ist nicht geeignet, die Restitutionsklage zu begründen, wenn die Urkunde, weil der Gegner der Verwertung des Gutachtens im Wege des Urkundenbeweises widersprechen durfte und widersprochen haben würde, als Beweismittel nicht benutzbar gewesen wäre.

§ 582. RG. WarnE. **14** 62. Unter Restitutionsgrund ist nicht auch das Vorliegen der rechtskräftigen Verurteilung des Täters zu verstehen.

§ 590. I. **RG.** R. **14** Nr. 1882. Die Verhandlung kann zunächst auf die Zulässigkeit und den Grund der erhobenen Restitutionsklage beschränkt werden.

II. **RG.** WarnE. **14** 48. Dadurch, daß die Restitutionsklage statt als unbegründet zurückgewiesen als unzulässig verworfen worden ist, ist der Revisionskläger nicht beschwert, wenn ihm durch Anhörung und Prüfung des vorgebrachten Wiederaufnahmegrundes sein Recht geworden ist.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

Literatur: Ullrich, Das fingierte Geständnis im Urkunden- und Wechselprozesse, BuschsZ. **44** 57—64.

§ 592. I. *Goldschmidt, Festgabe für Brunner 148 Anm. 2. Die besonderen Voraussetzungen des Urkundenprozesses sind Prozeß-, keine Rechtsschutzvoraussetzungen.

II. Bei einer Klage im Urkundenprozeß auf Dienstlohn muß der Kläger auch seine Leistung urkundlich nachweisen. **RG.** JDR. **12** II jetzt auch LeipzZ. **14** 584, SeuffA. **69** 294, BayRpflZ. **14** 23.

III. Einzelfälle der Zulässigkeit des Urkunden- und Wechselprozesses. 1. OLG. **29** 137 (KG.). Zulässigkeit der Klage auf Feststellung einer bestrittenen Konkursforderung im Wechselprozesse.

2. BuschsZ. **44** 515 (LG. Leipzig). Zulässigkeit des Urkundenprozesses bei Einklagung von Mietzinsansprüchen.

V. Unzulässigkeit des Urkunden- und Wechselprozesses. 1. KGBl. **15** 14 (KG.). Im Urkunden- und Wechselprozeß ist ein Urteil unter Vor-

behalt der Entscheidung über die Aufrechnung einer nicht konnexen Gegenforderung unzulässig.

2. SächsOLG. **35** 121 (Dresden). Ein offensichtlich geänderter Wechsel ist als Beweismittel im Wechselprozeß ungeeignet.

§ 597. I. **RG.** R. **14** Nr. 1883. Steht dem beweispflichtigen Beklagten kein im Urkundenprozesse zulässiges Beweismittel zur Verfügung, so trifft dieser Nachteil auch dann nicht den Kläger, wenn das Entfallen geeigneter Beweismittel durch Umstände begründet ist — Kläger war wegen mangelnden Verständnisses der Bedeutung des Eides nicht eidesfähig —, die in der Person des Klägers liegen.

II. OLG. **29** 226, R. **14** Nr. 2713 (Hamburg). Abweisung aus Abs. 2 wegen ungenügenden Replikbeweises bei schwebendem Nachverfahren.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Literatur: Lafrenz, Eheprozeß mit anwaltlosem Beklagten, LeipzZ. **14** 1446—1452.

§ 606. I. *Pagenstecher, RheinZ. **6** 498 Anm. 11, 520 Anm. 8. Die ehetrennende Wirkung des Scheidungsurteils ist Rechtskraftwirkung, nicht Reflexwirkung und erst recht nicht Vollstreckungswirkung. Ob den Rechtsgestaltungsurteilen außerdem noch eine Rechtskraftwirkung (nämlich eine Feststellungswirkung) zukommt, ist zweifelhaft. Vgl. oben Ziff. 1 zu § 322 ZPO. — Heiratet jemand, dessen Ehe durch ein (zwischen ihm und seiner angeblichen Ehefrau ergangenes) Ehefeststellungsurteil für nicht bestehend erklärt ist, ein zweites Mal, so kann er nach § 171 StGB. auch dann nicht bestraft werden, wenn das Feststellungsurteil, wie er wußte, zu Unrecht erging (aaO. 556). — Auch nicht, wenn er das Feststellungsurteil durch eine strafbare Handlung herbeigeführt hat. — Ob das Feststellungsurteil inzwischen (d. h. nach der zweiten Heirat, aber vor dem Strafprozeß) im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt worden ist, ist gleichgültig (vgl. auch oben § 1565 BGB. Ziff. I).

II. RheinA. **111** 61 (Düsseldorf). Eine Feststellungsklage eines Ehegatten dahin, daß er berechtigt sei, von dem anderen Ehegatten getrennt zu leben, ist unzulässig.

III. **RG.** JW. **14** 941. Wenn ein ausländischer Staat von vornherein erklärt, er erkenne die von ausländischen Gerichten seinen Staatsangehörigen gegenüber erlassenen Scheidungsurteile unter keinen Umständen an, so ist darin selbst dann eine Verneinung der Zuständigkeit der inländischen Gerichte im Sinne des § 606 Abs. 4 ZPO. zu finden, wenn sich die Unzuständigkeit der ausländischen Gerichte aus den eigentlichen Zuständigkeitsbestimmungen des fremden Staates nicht ergeben sollte.

IV. **RG. 84** 259, LeipzZ. **14** 1363, JW. **14** 595, DJZ. **14** 753, R. **14** Nr. 1155. Unter Inland ist das deutsche Schutzgebiet nicht mit zu verstehen.

V. KGBl. **14** 37 (KG.). Zuständigkeit des deutschen Gerichts zur Scheidung der Ehe, die vor Erlangung der Staatsangehörigkeit von New York durch den Ehemann geschlossen war.

VI. OLG. **29** 140 (KG.). Scheidung von Schweizern. Zuständigkeit und Scheidungsgründe.

VII. OLG. **29** 138 (Naumburg). Zuständigkeitsvereinbarung für Scheidungsklagen von Österreichern.

§ 612. RG. JW. **15** 97. In einem Ehescheidungsverfahren ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Fortsetzung des Prozesses nicht erforderlich, wenn der Kläger im Laufe des Rechtsstreits prozeßunfähig wird.

§ 613. LeipzZ. **14** 791 (München). § 613 gilt nur für den Bevollmächtigten des klagenden Ehegatten. Die Vorschrift ist prinzipiell auf den ursprünglich angreifenden Teil beschränkt und kann auch dann nicht auf die beklagte Partei ausgedehnt werden, wenn diese in den höheren Instanzen gegenüber einem verur-

teilenden Erkenntnisse die Zurückweisung des Klagantrags erreichen will, also insofern angreifender Teil ist.

§ 615. Literatur: Abraham, Kann im Eheprozesse prinzipaliter Ehescheidungsklage, eventuell Anfechtungsklage erhoben werden? JW. **14** 1127—1128.

RG. R. **14** Nr. 2529. Ist Klage auf Scheidung und Widerklage auf Anfechtung erhoben, so kann über letztere vorab nur durch Zwischenurteil nach § 303 entschieden werden.

§ 616. LeipzZ. **14** 879 (Jena). Eine zurückgenommene Eheanfechtungsklage kann im anhängigen Prozeß erneuert werden.

§ 617. I. **RG.** R. **14** Nr. 102. Auch im Scheidungsprozesse darf das Prozeßgericht die Zeugenaussage eines Vorprozesses nicht als Urkunde benutzen, wenn die Vernehmung beantragt ist. Dies gilt insbesondere, wenn beide Parteien sich auf den Zeugen berufen.

II. **RG.** ElsLothJZ. **14** 54. In Ehesachen kann auch die obsiegende Partei ein Rechtsmittel einlegen zu dem Zwecke, die Scheidungsklage zurückzunehmen.

§ 618. I. *Lafrenz, LeipzZ. **13** 1446. Im Eheprozesse mit anwaltlosem Beklagten hat Kläger, wenn der Termin nicht in Gegenwart des Beklagten anberaumt ist, diesen auch in den Fällen zu laden, in welchen das Gericht — §§ 366, 370 — den Termin „bekanntgeben" muß. — Das Gericht kann Beweisbeschlüsse erlassen, das persönliche Erscheinen beider Parteien anordnen. Dem Beklagten kann der richterliche Eid auferlegt werden; er kann den Eid zuschieben, einen zugeschobenen Eid annehmen, ihn zurückschieben. — Hat er nach Erhebung der Widerklage den Anwalt verloren, so ist über Klage und Widerklage zwar durch einheitliches kontradiktorisches Urteil zu erkennen, doch ist dieses betreffs der Widerklage sachlich ein Versäumnisurteil; es darf auch vorab über die Widerklage Versäumnisurteil ergehen und die Entscheidung über die Klage bis zur Rechtskraft dieses Urteils vertagt werden.

II. Abs. 5. Versäumnisurteil. **RG.** JDR. **12** Nr. I jetzt auch GruchotsBeitr. **58** 483.

III. Kein Versäumnisurteil gegen den Widerkläger. Vgl. JDR. **12** Nr. II jetzt auch BadRpr. **14** 79.

§ 619. SeuffA. **69** 295, OLG. **29** 143, R. **14** Nr. 2530 (München). Hat das Prozeßgericht das persönliche Erscheinen der Parteien lediglich zum Sühneversuch, nicht aber zum Zwecke der mündlichen Vernehmung über Prozeßtatsachen angeordnet, so ist das Ausbleiben einer Partei straffrei.

§ 627. I. OLG. **29** 145 (KG.). Die im Scheidungsprozesse stehenden Eheleute sind nicht auf den Weg des § 627 allein angewiesen, sie können ihre Unterhaltsansprüche auch mittels Klage geltend machen (**RG. 47** 379); hat aber der eine Gatte den Weg des § 627 mit Erfolg beschritten, so kann sich der andere nicht durch eine Klage über die Ansprüche des Gegners, sondern nur noch mit den Mitteln der §§ 924, 927 wehren.

II. R. **14** Nr. 939 (KG.). Das Vormundschaftsgericht ist während des Schwebens eines Ehescheidungsprozesses nicht berechtigt, ohne Feststellung der Voraussetzungen des § 1666 BGB. eine vorläufige Anordnung dahin zu treffen, daß bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ehescheidungsprozesses die Kinder oder eines von ihnen der Mutter zu überlassen seien. Der § 627 ZPO. duldet keine entsprechende Anwendung auf die Amtstätigkeit des Vormundschaftsgerichts.

III. OLG. **29** 144 (Hamburg). Auch bei Erlassung der im Abs. 1 aufgeführten Verfügungen hat der Richter zu prüfen, ob sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheinen.

IV. SeuffA. **69** 296 (München). Im Herstellungsprozesse kann von der verklagten, getrennt lebenden Ehefrau eine einstweilige Verfügung auf Gestattung des Getrenntlebens nicht beantragt werden.

V. SeuffA. **69** 296 (München). Für den Antrag auf Zuweisung von Unterhalt für die Dauer des Herstellungsprozesses und als Bestandteil dieses Prozesses ist nicht das Ehegericht, sondern das Gericht der Unterhaltsklage als Gericht des Hauptprozesses zuständig.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

§ 645. BuschsZ. **43** 401 (Colmar). Verhältnis der Entmündigung wegen Geisteskrankheit zu derjenigen wegen Trunksucht. Verbindung des Antrags auf Entmündigung wegen der einen mit demjenigen wegen der anderen.

§ 646. **RG.** GruchotsBeitr. **58** Nr. 116, R. **14** Nr. 2885. Ist im Entmündigungsverfahren ein Verwandter des zu Entmündigenden, der nicht den Antrag auf Entmündigung gestellt hat, als Nebenintervenient zugelassen worden, so kann er als Zeuge vernommen werden.

§ 650. OLG. **29** 148 (München). Hält sich der zu Entmündigende so lange an einem Orte auf, bis seine Vernehmung erfolgen kann, so genügt diese Aufenthaltsdauer im Sinne der §§ 651, 650; ob der Aufenthalt im übrigen nur vorübergehend oder dauernd ist, ob er ohne Zustimmung des Vormundes und des Bezirksamts erfolgt ist, muß hier um so mehr als unerheblich erachtet werden, als A. nach dem Gutachten des Anstaltsdirektors imstande ist, einen Teil seiner Angelegenheiten zu besorgen und besonders bei der Wahl des Wohnorts in ziemlich vernünftiger Weise mitzuwirken. Dazu auch OLG. **29** 147 (BayObLG.). Vgl. IDR. **12**

§ 651. „Wechsel im Aufenthaltsort". Vgl. zu § 650.

§ 653. OLG. **29** 148 (Naumburg). Der Antragsteller hat kein Recht, den Beweisterminen beizuwohnen und von ihnen benachrichtigt zu werden.

§ 679. Über die Zulässigkeit einer Nebenintervention vgl. oben zu § 66 ZPO.

§ 680. HessRspr. **14** 307 (Darmstadt). Neben einer Entmündigung wegen Trunksucht ist eine solche wegen Verschwendung nicht zulässig.

§ 681. *Haberstumpf, BayNotZ. **14** 514, empfiehlt, mit der Fristsetzung nach § 681 die Bedingung des Eintritts in eine Trinkerheilstätte oder der Unterwerfung unter die Aufsicht einer Trinkerfürsorgestelle zu verbinden.

§ 686. I. OLG. **29** 149 (München). Der dem Entmündigten beigeordnete Anwalt ist für die ganze Dauer des Wiederaufhebungsprozesses sein gesetzlicher Vertreter und bleibt es also auch für die Rechtsmittelinstanz.

II. OLG. **29** 150 (Colmar). Die Aufhebungsklage des Entmündigten selbst ist zulässig geworden, nachdem ein nach § 1909 BGB. bestellter Pfleger die Prozeßführung genehmigt hat.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

Literatur: Zelter, Das Mahnverfahren, LeipzZ. **14** 532—537.

§ 691. OLG. **29** 150 (Cöln). Keine Zurückweisung des Mahngesuchs wegen Unbegründetheit der in ihm berechneten Kosten, höchstens Absetzung.

§ 695. BayRpflZ. **14** 255 (LG. Nürnberg). Kein Vollstreckungsbefehl nach Zurücknahme des Widerspruchs.

§ 697. I. *Kreß, LeipzZ. **14** 1332 ff. Die Beschlüsse nach Abs. 2 stellen Entscheidungen im Sinne des § 18 Nr. 3 GKG. dar. Sie unterliegen, auch wenn sie ohne mündliche Verhandlung und auf Antrag des Gläubigers ergehen, der Bewertung nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 GKG., da sie sachlich eine Regelung der Zuständigkeitsfrage enthalten und auf die prozessuale Form, in der sie ergehen, nichts ankommt.

II. 1. Schließt der Verweisungsbeschluß die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit vor dem Landgericht aus? OLG. **29** 152 (KG.). Der hier ohne mündliche Verhandlung erlassene, nur unter § 697, nicht zugleich auch unter § 505 fallende Beschluß des Amtsgerichts, der die Verweisung an das übergeordnete Landgericht ausspricht, ist für dieses nur in Ansehung seiner sachlichen Zuständigkeit im Verhältnisse von Amts- und Landgericht, nicht aber auch in Ansehung seiner örtlichen Zuständigkeit bindend; denn im § 697 ist nur von der Verweisung wegen sachlicher Unzuständigkeit des Amtsgerichts die Rede, wie sich aus den die alleinige Voraussetzung einer Verweisung enthaltenden Worten des Gesetzes ergibt: „Ist ein Anspruch erhoben, der zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört". Der Wortlaut des Gesetzes ist entscheidend, und dieser zwingt zu der Annahme, daß die durch die Verweisung auf § 505 Abs. 2 hervorgehende Unanfechtbarkeit nur die im § 697 Satz 1 behandelte sachliche Zuständigkeit betrifft. Durch Vereinbarung hätte das Amtsgericht örtlich zuständig werden können (§§ 38, 39); aber ein Verzicht auf die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit ist darin nicht zu finden, daß der Beklagte bei Erhebung des Widerspruchs unterlassen hat, die örtliche Zuständigkeit zu rügen. Vgl. JDR. **12** II 1 und 2.

2. RheinARV. **32** 3—8 (LG. Cöln). Das Amtsgericht hat seine sachliche Zuständigkeit überhaupt nicht zu prüfen, falls nicht ein Verweisungsantrag gemäß § 697 gestellt wird. Bis zur Stellung dieses Antrags bleibt das Amtsgericht zuständig und muß daher, auch wenn der Anspruch an sich zur Zuständigkeit des Landgerichts gehört, das Versäumnisurteil erlassen.

III. OLG. **29** 227 (Rostock). Kostenerstattung bei Verweisung der Sache ans Landgericht nach § 697. Vgl. auch OLG. **29** 157 (KG.).

IV. OLG. **29** 155 (München). Der Verweisungsbeschluß ist gebührenfrei. Ebenso R. **14** Nr. 1605, BayRpflZ. **14** 213 (Bamberg), OLG. **29** 156 (Hamburg).

§ 698. PosMSchr. **14** 71 (Posen). Unter die Gebühr „des entstehenden Rechtsstreits" sind auch diejenigen Prozeßkosten zu rechnen, die nach Zurücknahme der Klage in der Hauptsache für die Verhandlung und Entscheidung über die Kosten entstehen.

§ 699. Schwabe, Zeitpunkt für Anbringung des Gesuchs um Vollstreckungsbefehl, BuschsZ. **44** 78—83.

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Vorbemerkung: 1. Die Durchführung der Zwangsvollstreckung ist in bedeutsamer Weise für die Dauer des Kriegszustandes von den Kriegsgesetzen, insbesondere dem G. betreffend den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen vom 4. August 1914 und der Bek. über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen vom 7. August 1914 (RGBl. 328 und 360), beeinflußt worden. Bei der Anwendung dieser Ausnahmebestimmungen sind Streitfragen entstanden, deren Erörterung für die Fortbildung des geltenden Rechtes auch über den Krieg hinaus von bleibender Bedeutung sein wird. Eine Übersicht über die außerordentlich zahlreiche Literatur gibt Hahnemann, Nachrichten für die Mitglieder des Deutschen Anwaltsvereins **14** 135. Ferner behandelt Güthe in ausführlicher und erschöpfender Weise „die Bestimmungen des RGes. vom 4. August 1914 in ihrer praktischen Anwendung", aber zugleich unter eingehender Berücksichtigung des Schrifttums GruchotsBeitr. **59** 27—77. Auf diese Abhandlung wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. Die Aufnahme des Kriegsrechts in das System des 8. Buches der ZPO. ist zum Teil zweifelhaft. Die Bewilligung (Bestimmung) einer Zahlungsfrist scheint auf den ersten Blick ihrem Wesen nach der in § 721 vorgesehenen Räumungsfrist verwandt zu sein. Überwiegende Gründe sprechen dafür, in dem Antrag auf Gewährung einer Zahlungsfrist die Geltendmachung einer bürgerlich-rechtlichen Einrede

zu sehen. Vgl. Schweitzer, JW. 15 320. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung, die sachlich von denselben Voraussetzungen abhängig ist wie die Bewilligung der Zahlungsfrist, wird zweckmäßig als Anhang zu § 707 behandelt, während die Frage der Zulassung der Zwangsvollstreckung gegen die Ehefrau eines Kriegsteilnehmers bei § 739 zu erörtern ist, dagegen die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung (§ 5 G. vom 4. August 1914), da sie nur die Versteigerung körperlicher Sachen und von solchen Gegenständen betreffen, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, im 8. Buche der ZPO. als Anhang zu § 814 zu berücksichtigen sind. Vgl. ferner zu §§ 717, 722.

2. Wegen der Literatur zum 1500-Mark-Vertrage wird auf den Bericht zu §§ 117 und 138 BGB. und zum AnfG. verwiesen. Für die Frage kommen im wesentlichen materiellrechtliche Gesichtspunkte in Betracht. Die insbesondere von Meyer, R. 11 324 ff., Becker, R. 12 430 ff. und 14 424 ff. und Meikel, SeuffBl. 12 542 ff. aus dem LohnBG. und damit aus § 850 Ziff. 1 ZPO. hergeleiteten Erwägungen haben im allgemeinen keine Zustimmung gefunden. Meyer selbst hat anscheinend seinen Standpunkt aufgegeben und in seiner Schrift „Pfändung und Sicherung von Lohn und Gehalt in Gegenwart und Zukunft" (1914) 39 zugegeben, daß vom § 2 LohnBG. diejenigen Verträge nicht berührt werden, welche die Vereitelung einer zulässigen Beschlagnahme herbeizuführen bestimmt sind.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

Literatur: Goldstein, Die materielle Rechtswirkung der Hinterlegung im Zivilprozeß und in der Zwangsversteigerung. 1914.

§ 704. 1. **RG.** JW. **14** 832 Nr. 10. Auch ein unvollständig abgefaßtes Urteil ist der formellen Rechtskraft fähig, insbesondere ein amtsgerichtliches Urteil, das entgegen der Vorschrift des § 313 Abs. 3 keinen Tatbestand und keine Entscheidungsgründe enthält (Versäumnisurteil gegen den Kläger), aber gemäß § 496 Abs. 6 ordnungsgemäß zugestellt ist. In der Formel des Urteils gipfelt das Wesen der rechtsprechenden richterlichen Tätigkeit.

2. PosMSchr. **14** 44, R. **14** Nr. 2533 (Posen). Auch Urteile gegen den preußischen Fiskus sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären. § 33 I 35 AGO. und § 15 EGZPO. stehen nicht entgegen. — Ebenso OLG. **39** 159 (Cassel). — Vgl. JDR. **13** Ziff. 2.

§§ 705, 706. 1. HansGZ. **14** 82 (Hamburg). Da die Berufungsanträge abänderbar, insbesondere erweiterbar sind, so kann nicht mit Rücksicht darauf, daß nur ein Teil des landgerichtlichen Urteils mit der Berufung angefochten ist, hinsichtlich des anderen Erteilung des Rechtskraftszeugnisses gefordert werden.

2. HessRspr. **15** 66 (LG. Gießen). Gegen die Erteilung des Notfristattestes ist, wenn auch gegen die Entscheidung des Gerichts keine Beschwerde gegeben ist, die Erinnerung statthaft.

§§ 707, 719 Abs. 1. 1. Pagel, Der Einfluß der Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens auf eine vorher ergangene vorläufig vollstreckbare Verurteilung, RheinZ. **14** 561—571, stellt die den bisherigen Anschauungen gegenüber neue Lehre auf, daß die prozessualen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen des Vollstreckungsbetriebs in den Kreis der Prozeßhandlungen des § 249 ZPO. einzubeziehen sind. Der Sieger der Vorinstanz ist dann dem Gegner gegenüber um die Vollstreckungsurkunde ungerechtfertigt bereichert. Diesem erwächst ein Anspruch auf Herausgabe der Urkunde (§ 812 Satz 1 u. 2 BGB.). Die Urkunde ist dem vorinstanzlichen Gerichte zurückzugeben. Sicherungsmaßregel: Einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO. Wer § 249 Abs. 2 ZPO. anders auslegt, muß annehmen, daß die Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens auf Antrag ihrerseits eine Hemmung zu erfahren hat, damit nach §§ 719, 707 ZPO. entschieden werden kann.

2. PosMSchr. **14** 96 (Marienwerder). §§ 707, 719, 769, 767 sind nicht analog anzuwenden auf den Antrag auf Einstellung einer Zwangsvollstreckung aus einem

Vorbehaltsurteile gemäß §§ 529 Abs. 3, 540, 541 ZPO. — Ebenso OLG. **28** 229 (München).

3. OLG. **14** 158 (Breslau). Die §§ 707, 719 sind auf die Beitreibung von Gerichtskosten, die im Verwaltungswege eingezogen werden, nicht anwendbar. Jene Bestimmungen sind in den §§ 3, 19 Kgl. VO. vom 15. November 1899 nicht in Bezug genommen.

4. LeipzZ. **14** 1578 Nr. 9 (Augsburg). Die §§ 707, 719 sind nicht auf Nachteile zu beziehen, die durch die Vollstreckungsmaßregeln als solche ohne Rücksicht auf eine durch sie bewirkte Veränderung der Substanz des Vermögens herbeigeführt werden, insbesondere nicht auf Nachteile, welche die obrigkeitlichen Vollstreckungsmaßregeln infolge ihres den Ruf und Kredit des Schuldners beeinflussenden Charakters haben. (Leistung des Offenbarungseids.) — Vgl. dagegen OLG. **14** 158 (München). In dem Umstande, daß der Schuldner einen Offenbarungseid leisten solle, liege nicht schlechthin die Glaubhaftmachung unersetzlicher Nachteile. Insbesondere sei nicht einmal behauptet, daß der Schuldner durch die Leistung des Eides eine Einbuße an seiner wirtschaftlichen Stellung oder in der Kreditwürdigkeit oder in der Anwartschaft auf eine lohnende Stelle erleiden würde.

Anhang. Zu § 3 der Bekanntmachung über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen vom 7. August 1914. Vgl. wegen der Zwangsvollstreckung zur Sicherung von gestundeten Forderungen nach österr. Recht Staffler, AÖstGZ. **15** 35.

I. Cohn, Zur Wirkung der Entscheidungen gegen Kriegsteilnehmer, JW. **15** 236. Hat das Amtsgericht ein vollstreckbares Versäumnisurteil erlassen, so darf es einen Zwangsvollstreckungsantrag nicht deshalb ablehnen, weil es nachträglich erfährt, daß der Beklagte zur Zeit des Erlasses Kriegsteilnehmer war. Es kann aber berücksichtigt werden, daß die Zustellung des Urteils unwirksam war, und deshalb die Zwangsvollstreckung abgelehnt werden. Zur Erinnerung können Verwandte und Bekannte zugelassen werden, denen der Schuldner die Obhut der Sache überlassen hat.

II. Zeitpunkt der Einstellung. 1. Die Frage, ob die Einstellung der Vollstreckung schon vor Androhung oder Vornahme einer Vollstreckungsmaßregel erfolgen kann, wird von Güthe, PrJMBl. **14** 757 und GruchotsBeitr. **59** 62, bejaht. Die Bejahung ergebe sich bei entsprechender Anwendung der §§ 707, 719 nach den vom **RG. 32** 395 ausgesprochenen Grundsätzen, sobald die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung durch das Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels gegeben sei. Dagegen äußert Hirsch, JW. **14** 962 f., Bedenken: Die §§ 707, 719 wendeten sich an ein im voraus festbestimmtes Gericht, während die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts nach §§ 764 Abs. 2, 828 Abs. 2, 853—855, 858 Abs. 2, 871, 899, 902, 930 ZPO. von den verschiedensten Umständen abhängig sein könne. Gleichwohl dürfe § 764 Abs. 2 nicht so eng ausgelegt werden, daß in jedem einzelnen Falle dem Schuldner erst eine bestimmte Vollstreckungsmaßregel angedroht werden müsse. In der Regel werde die dem Schuldner aufzugebende Vorlegung des Schuldtitels einen Anhalt für die örtliche Zuständigkeit geben. — Holländer, JW. **14** 972, gibt zu, daß der Wortlaut für die Möglichkeit einer Einstellung der Zwangsvollstreckung vor Beginn der Zwangsvollstreckung spreche (§§ 775, 776 Satz 1). Die Bekanntmachung habe aber den Zweck, den Schuldner vor der Verschleuderung seines Vermögens zu bewahren, nicht das bisher erlangte Vollstreckungsrecht des Gläubigers zu vereiteln. Es liege kein Grund vor, die in der Heimat zurückgebliebene Bevölkerung mehr zu schützen als den Kriegsteilnehmer, demgegenüber § 5 Abs. 1 G. vom 4. August 1914 nur die Versteigerung verbiete. ➝ Dieser Beweisgrund geht fehl. § 5 gilt schlechthin für die Dauer des Krieges, nicht nur für drei Monate.

Überdies kann auch der Kriegsteilnehmer den beschränkten Aufschub von drei Monaten erbitten oder erbitten lassen. Vgl. auch Harder, JW. 14 1045. ←

2. Die Praxis läßt allgemein die Einstellung der Zwangsvollstreckung vor ihrem Beginne zu. Vgl. DJZ. 14 1393 (Posen), DJZ. 14 1394 (LG. Kiel) unter Hinweis auf §§ 707, 719 bzw. 764, dessen Wortlaut nicht zu der Annahme berechtige, daß die Zuständigkeit eines Gerichts als Vollstreckungsgerichts mit dem Beginne der Zwangsvollstreckung entstände; BreslauAK. 14 48 (LG. Oels), KGBl. 15 23 (Landgericht I Berlin).

III. Zuständigkeit. DJZ. 14 1208 (KG.). Nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils ist für die Einstellung der Zwangsvollstreckung das Vollstreckungsgericht zuständig, auch wenn der Prozeß noch in der Berufungsinstanz anhängig ist.

IV. Konkurrenz zwischen Prozeß- und Vollstreckungsgericht. Kann das Vollstreckungsgericht die Zwangsvollstreckung auch dann einstellen, wenn das Prozeßgericht die Bewilligung einer Zahlungsfrist abgelehnt hat? Dafür die Kommission des Berliner Anwaltsvereins, JW. 14 794. Dagegen Striemer, JW. 14 851, das Vollstreckungsgericht könne am Prozeßgerichte nicht Korrektur üben. Ebenso Freiesleben, DJZ. 14 1159, und zwar sowohl für den Fall teilweiser wie vollständiger Ablehnung der Anträge des Schuldners, und Hachenburg, LeipzZ. 14 1602. — Güthe, GruchotsBeitr. 59 64, hält die Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Vollstreckungsgericht für unzulässig, wenn der Schuldner vom Prozeßgericht eine Frist, sei es auch unter drei Monaten erhalten hat, dagegen für zulässig, wenn der Antrag vom Prozeß- oder Amtsgerichte zurückgewiesen. Das folge aus dem Wortlaute des § 3 Abs. 2 und der Erwägung, daß zur Zeit der Zwangsvollstreckung die Verhältnisse anders liegen könnten. Das Vollstreckungsgericht sei auch befugt, eine von ihm selbst bestimmte Frist zu verlängern. Vgl. auch Unger, R. 14 724. Der Vollstreckungsrichter könne, wenn das Prozeßgericht eine Zahlungsfrist nicht bewilligt, auf Grund neuer Tatsachen die Einstellung bewilligen.

V. Verfahren. 1. Güthe aaO. 65. Die Anhörung des Gläubigers ist wünschenswert, aber nicht erforderlich. Ebenso Bovensiepen, DRZ. 14 786; Hirsch, JW. 14 1005; Unger, R. 14 689; Hallbauer, Sächs. RpflA. 14 342.

2. DJZ. 14 1307 (LG. Berlin I). Das Vollstreckungsgericht muß vor der Entscheidung den Gläubiger hören.

3. Güthe aaO. Zulässig die einstweilige Einstellung vor endgültiger Beschlußfassung.

4. DJZ. 14 1306 (Braunschweig). Das Vollstreckungsgericht kann nur die Einstellung der Zwangsvollstreckung anordnen, nicht Zahlungsfristen bewilligen.

5. R. 14 Nr. 706 (Augsburg). Die Anordnungen aus §§ 767, 769 Abs. 2 können auf Grund § 3 Nr. 1 aaO. aufrechterhalten werden.

6. Bendix, Die kassatorische Klausel bei der gerichtlichen Bewilligung von Zahlungsfristen, JW. 14 964, bejaht die Zulässigkeit, da sie weniger sei als die Anordnung der Sicherheitsleistung. Vgl. dazu v. Harder, JW. 14 1046, der eine Formulierung vorschlägt, nach der die Fälligkeit fortfällt, sobald der Schuldner eine Quittung vorlegt. Vgl. zu § 794 Ziff. 5 ZPO.

VI. Sachliche Voraussetzungen. 1. Güthe aaO. 64, 56. Die Einstellung ist nur zulässig, wenn sie durch die Lage des Schuldners gerechtfertigt wird und dem Gläubiger nicht einen unverhältnismäßigen Nachteil bringt. Es sind daher die Vermögensverhältnisse und sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse der beiden Parteien gegeneinander abzuwägen. Insbesondere ist einerseits böswilligen Schuldnern die Vergünstigung zu versagen und andererseits zu berücksichtigen, daß der Gläubiger in vielen Fällen selbst wieder Schuldner ist und auf den Eingang

von Zahlungsmitteln rechnen muß. Nicht nötig ist, daß die schwierige wirtschaftliche Lage des Schuldners durch den Krieg allein verursacht ist.

2. Aus der Rechtsprechung. a) KGBl. **14** 115 (LG. Berlin I). Das G. vom 4. August 1914 und die auf Grund desselben erlassene BundesratsVO. vom 7. August 1914 haben nur den Zweck, dem Schuldner über die besonderen Nachteile hinwegzuhelfen, die ihm infolge des Krieges aus seiner Vermögensbedrängnis erwachsen. Es muß zwischen der bedrängten Lage des Schuldners und dem Kriegsausbruch ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Ebenso Striemer, JW. **14** 852; Holländer, JW. **14** 971. b) Dagegen DJZ. **14** 1307, R. **14** 705 (Hamburg). — Vgl. Hirsch, JW. **14** 947, der mit Recht darauf hinweist, die Glaubhaftmachung des Schuldners, daß seine schwierige Lage unmittelbar oder mittelbar durch den Krieg verursacht sei, werde in vielen Fällen nicht oder nur sehr schwierig zu beschaffen sein. ➻ Zu beachten ist bei Erörterung der Frage, daß die Bek. vom 8. August 1914 betreffend die Anordnung einer Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens, die gleichfalls auf Grund des § 3 G. über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen usw. und nur einen Tag später als die Bek. über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen erlassen ist, ausdrücklich das Recht auf die Anordnung der Geschäftsaufsicht davon abhängig macht, daß der Antragsteller „infolge des Krieges" zahlungsunfähig geworden ist. Demgegenüber liegt kein Anlaß vor, die Worte im § 1 VO. vom 7. August 1914 „wenn die Lage des Beklagten sie rechtfertigt" einschränkend auszulegen. ⟵ c) KGBl. **14** 127 (LG. Berlin I) lehnt die Bewilligung der Einstellung in einem Falle ab, in dem der nicht mehr aufzuhaltende Verfall des Geschäfts durch den Krieg nur beschleunigt wurde. Vgl. Hirsch, JW. **14** 1004: Die Einstellung der Zwangsvollstreckung sei abzulehnen, wenn die tatsächlichen Anführungen des Schuldners klar erkennen ließen, daß er weder während noch nach Ablauf der begehrten Frist in der Lage sein werde, die Gläubiger ganz oder teilweise zu befriedigen. — Ebenso Unger, R. **14** 688 ff. — Vgl. im übrigen die R. **14** 740, 741 abgedr. Enscheidungen.

3. Hirsch, JW. **14** 1136. Unzulässig ist der Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung bezüglich des vorher gepfändeten Arbeits- und Dienstlohns, wenn er sich nicht nur gegen die Überweisung richte, da die Aufhebung der Pfändung unstatthaft sei. Ebenso Unger, R. **14** 726: Nach der Überweisung sei der Antrag nicht mehr zu begründen, da die Frist aus § 3 aaO. dem Schuldner nicht den Genuß der gepfändeten Forderung verschaffen könne.

VII. Breit, Umfang des Aufsichtmoratoriums, JW. **15** 161 ff. (Bek. vom 8. August 1914). Das Aufsichtsmoratorium ist technisch als Exekutionsmoratorium ausgestaltet. Unberührt bleibt der Bestand der gestundeten Forderung, sowie ihre Klagbarkeit. Nicht notwendig, daß die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung im Urteil ausgesprochen wird. Der Schuldner kann einen entsprechenden Zusatz im Urteile verlangen. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel wird nicht gehindert. Nur der Schuldner (vgl. dagegen Löwenwarter, JW. **15** 288) hat das Recht der Erinnerung gemäß § 766. Vgl. ferner Bovensiepen, DJZ. **15** 102 und Oppenheim, JW. **15** 288.

§§ 708 ff. Literatur: Fuchs, Die vorläufige Vollstreckbarkeit (mit einem Gesetzentwurf über ihre Abänderung), DRZ. **14** 814 ff. — Schäffer, Das Zurückbehaltungsrecht in zweiter Instanz, JW. **15** 217.

1. **RG.** JW. **14** 986 Nr. 11 über die Behandlung der vorläufig beigetriebenen Forderung im Konkurse des Schuldners. Im Sinne des § 17 KO. ist Erfüllung auch die Leistung auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urteils. Der Gläubiger hat zum Konkurse nichts anzumelden, obwohl er nur vorläufig befriedigt ist (vgl. **RG.** **11** 401, JW. **97** 562 Nr. 4).

2. § 708 Nr. 4. **RG.** R. **14** Nr. 1888, LeipzZ. **14** 1537 Nr. 32. Da die Be-

stimmung nur den Schutz des Gläubigers bezweckt, so ist es zulässig, daß der Gläubiger von vornherein einen beschränkten Vollstreckungsantrag stellt und sich selbst zur Sicherheit erbietet.

§§ 710, 713 Abs. 2. 1. R. **14** Nr. 3030 (Nürnberg). Ein Feststellungsurteil kann hinsichtlich des Kostenpunktes auch nicht gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (vgl. JDR. **12** zu §§ 704 ff. Ziff. 1).

2. Unger, R. **14** 680, 693, empfiehlt, bei der Bewilligung von bedingten Zahlungsfristen auf Grund der Bek. vom 7. August 1914 dem Schuldner in Anlehnung an § 713 Abs. 2 ZPO. nachzulassen, die Zwangsvollstreckung durch eine bestimmte Art der Sicherheitsleistung auf Zeit abzuwenden.

3. Fromherz, JW. **14** 126 ff., führt aus, daß dem Antrage des Schuldners in allen Fällen der vorläufigen Vollstreckbarkeit, auch wenn das Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, dem Antrag aus § 713 Abs. 2 in folgender Form stattzugeben ist: Dem Schuldner wird nachgelassen, durch Sicherheitsleistung in Höhe von X Mark oder durch Hinterlegung die Zwangsvollstreckung abzuwenden, wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. *Es wird aus der Begründung und der Satzbildung der Bestimmung, ihrer Stellung im Gesetze, sowie aus der Notwendigkeit und dem gesetzgeberischen Zwecke der Vermeidung unnötiger Vollstreckungen und ihrer schädlichen Wirkungen der Nachweis geführt, daß der Schlußsatz auf einem Redaktionsfehler beruht, wenn er von einem Erbieten des Gläubigers spricht. Nur die Wirkung des Nachlasses soll dann nicht eintreten, wenn der Gläubiger selbst die Sicherheit beschafft. ➜ Hein, JW. **14** 604, erkennt das an, will aber daraus nicht den Schluß ziehen, daß dem Schuldner der Nachlaß auch in den Fällen zuzuerkennen ist, wo ein Urteil nur gegen Sicherheit des Gläubigers für vorläufig vollstreckbar erklärt wird. (Von einem solchen Nachlasse könne nur die Rede sein, wenn der Schuldner ein Recht der Gegenpartei ausschalten dürfe; das sei aber nicht der Fall, wenn der Gläubiger das stärkere Recht zur Sicherheitsleistung habe.) Die Begründung, der ZPO. liege eine derartige Einwirkung auf den Willen des Gläubigers fern, geht aber fehl. Muß, was Hein anerkennt, der Schlußsatz so gelesen werden, als wenn er lautet „wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit leistet", dann hat eben das Gericht den Nachlaß auszusprechen, auch wenn der Gläubiger sich zur Sicherheitsleistung erbietet, mithin auch im Falle des § 710. Damit sieht eben das Gesetz auch für den Fall des § 710 den Nachlaß, somit in diesem Falle die Einwirkung auf die Entschließung des Gläubigers vor, der sich dann, wenn er will, mit der Sicherheit des Schuldners begnügen kann. Es sind also dann beide Vorbehalte nebeneinander in das Urteil aufzunehmen. ⬅

4. Rothschild, Für welche Ansprüche haftet die nach § 713 Abs. 2 hinterlegte Sicherheit? BadRpr. **14** 52, weist nach, daß die Sicherheit nach älterem Rechte (**RG. 12** 222, 394, **20** 396, **25** 373 u. **37** 430) sowie nach §§ 232, 233 BGB. für die Forderung als Pfand haftet und nicht, wie BadRpr. **13** Nr. 20 (LG. Mosberg), nur für die Interessen des Gläubigers an der alsbaldigen Vollstreckung.

5. KGBl. **14** 143 (KG.). Die gemäß § 710 erfolgte Hinterlegung seitens des Gläubigers dient nur als Sicherheit für den dem Beklagten entstandenen Schaden. Sie deckt aber nicht den Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung der beigetriebenen Summe nach Aufhebung des Urteils auf Grund einer nach § 717 Abs. 2 ergehenden Entscheidung. Ist dem Kläger nachgelassen, die Vollstreckung aus dieser Entscheidung gemäß § 713 Abs. 2 abzuwenden, so kann er den Beklagten nicht auf die Sicherheit aus dem ersten Urteile verweisen.

6. NaumburgAK. **14** 19 (Naumburg). Im Falle des Nachlasses der Zwangsvollstreckung schützt die Sicherheitsleistung des Beklagten diesen vor einer Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluß, auch wenn der hinterlegte Betrag

nicht Hauptsumme und Kosten voll deckt. Der Prozeßrichter kann die Rückzahlung der zu Unrecht beigetriebenen Kosten anordnen. Ebenso OLG. **29** 161 (KG.).

§ 715. 1. KGBl. **14** 43 (KG.). Neben dem Rechtsbehelf aus § 715 steht dem Kläger auf Grund materiellrechtlicher Vorschriften eine besondere Klage auf Verurteilung des Beklagten in die Einwilligung zur Herausgabe einer hinterlegten Sicherheit zu. Der Anspruch geht auf teilweise Rückgabe der Sicherheit, wenn der Grund zur Hinterlegung teilweise fortgefallen ist.

2. OLG. **29** 58 (München). Für den Antrag auf Rückgabe der Sicherheit nach Zurückweisung der Berufung durch vorläufig vollstreckbares Urteil ist nicht § 715, sondern § 109 anzuwenden.

3. OLG. **29** 59 (KG.). Ist dem Berufungskläger die Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung nachgelassen, so ist die Veranlassung für die Sicherheitsleistung noch nicht weggefallen, solange das Urteil noch nicht rechtskräftig ist.

§ 716. Kann der Schuldner Urteilsergänzung verlangen, wenn sein Antrag aus § 712 (713) übergangen ist? Die entsprechende Anwendbarkeit des § 716 bejaht: HansGZ. **14** Beibl. 27 (Hamburg) u. OLG. **29** 162 (Jena); verneint OLG. **29** 161 (Hamm) u. OLG. **29** 164 (Celle). Vgl. JDR. **10** u. **12**.

§ 717. Abs. 2. 1. OLG. **29** 164 (Hamm). § 777 Abs. 2 gewährt die Möglichkeit, auch den Anspruch auf Rückzahlung der aus einem Kostenurteile festgesetzten und bezahlten Kosten im anhängigen Rechtsstreite geltend zu machen, weil die angegriffene Entscheidung auf einem Urteile beruht, wenngleich das Kostenurteil unter § 794 Nr. 3 fällt.

2. § 1 VO. vom 7. August 1914 verhindert Personen, die im Ausland ihren Wohnsitz haben, an der Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche bis zum 31. Oktober 1914 (verlängert bis 30. April 1915). Schaeffer, JW. **14** 974, läßt die Unterbrechung nicht eintreten, wenn der beklagte Inländer Berufung einlegt und Rückzahlung der beigetriebenen Summe fordert (gleich stehen die Fälle §§ 302, 600, 541 ZPO.); in Streit befangen sei lediglich der materiellrechtliche Anspruch des inländischen Beklagten auf Rückzahlung. Eine andere Auslegung würde mit dem ausgesprochenen Zwecke der Verordnung, dem Inländer, der an der Rechtsverfolgung im Auslande durch die dort herrschenden Moratorien gehindert ist, Schutz gegen Ansprüche des Auslandes zu gewähren und das Abfließen deutschen Geldes ins Ausland zu verhindern, unvereinbar sein. Vgl. ferner zu § 722.

§ 719. Über Abs. 1 vgl. zu § 707. — Abs. 2. **RG. 83** 299, JW. **14** 101 Nr. 31, DJZ. **14** 99. Der § 719 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn die zur einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung geltend gemachten Tatsachen schon in der Berufungsinstanz hätten geltend gemacht werden können. Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesvorschrift ergibt die engere Zweckbestimmung, daß nur ein nach Erlaß des Berufungsurteils hervorgetretenes Bedürfnis befriedigt werden soll. Auch praktische Erwägungen (Entlastungsbedürfnis, Beschleunigung des Prozesses) sprechen für die beschränkte Auslegung.

§ 722. 1. Baer, Das schweizerische Schuldbeitreibungsrecht, DRZ. **14** 510 ff. — Über die Vollstreckung von deutschen Zivilurteilen in der Schweiz vgl. Ott, DJZ. **14** 230; Lebrecht, DJZ. **14** 430. — Ferner über die Vollstreckung ausländischer Urteile in Ungarn Alexander Schmidt, Internationale Beziehungen in der neuen ungarischen ZPO., JBl. **14** 37 ff. — Über den Vollstreckungshilfsvertrag zwischen Österreich und Ungarn Hellmer, AÖstGZ. **14** 33 ff., Schauer, das. 185 ff., Hellmer, JBl. **14** 237, Ujlaki, DJZ. **14** 873.

2. Verbietet § 1 Bek. vom 7. August 1914 über die Geltendmachung von Ansprüchen von Personen, die im Ausland ihren Wohnsitz haben, auch die Zwangsvollstreckung zugunsten solcher Gläubiger? Dies verneinen Hachenburg,

LeipzZ. **14** 1607, Sieskind, Prozeßrechtlicher Schutz der Kriegszeit 1914 (2) 71, da das Vollstreckungsverfahren den Kern des Rechtsschutzverfahrens bilde. Dagegen v. Harder, JW. **14** 990, der auf die bedenklichen Folgen hinweist, wenn inländische Gläubiger nachgepfändet haben. Auch DJZ. **14** 1307, R. **14** Nr. 703 (Hamburg) bezieht die Bekanntmachung nicht auf das Vollstreckungsverfahren. Vgl. auch KGBl. **14** 127 (LG. Berlin I), wo das Beschwerderecht ausländischer Gläubiger in der Zwangsvollstreckungsinstanz (es war auf Erinnerung die Pfändung von Zubehör für unzuläsig erklärt worden) verneint ist. — Gegen v. Harder auch Hirsch, JW. **14** 1003 f.: Der Zweck der Bekanntmachung gehe dahin, dem im Auslande lebenden Gläubiger, soweit vermögensrechtliche Ansprüche desselben in Frage kommen, die vor dem 31. Juli 1914 entstanden sind, jeglichen Schutz zur Beitreibung seiner Forderung zu versagen. Dafür spreche auch der Ausdruck „Geltendmachung" statt „klagen". Bei leichtverderblichen oder nachgepfändeten Sachen folge die Zulässigkeit der Versteigerung aus § 816 ZPO. und den §§ 72, 70, 76 PrGeschAnw. für GV. Die Auszahlung des hinterlegten Betrags an den Gläubiger sei unstatthaft (§ 105 Ziff. 1 GeschAnw.). Unzulässig sei auch die Beteiligung ausländischer Gläubiger am Verteilungsverfahren. Vgl. dagegen wieder v. Harder, JW. **14** 1134.

§§ 723, 728. 1. OLG. **29** 166 (Breslau). Unzulässig ist das Vollstreckungsurteil gegen den Mitinhaber einer in Österreich verurteilten offenen Handelsgesellschaft, obwohl die Vollstreckung gemäß §§ 3, 11 Abs. 2 ÖstExekO. statthaft wäre; denn Voraussetzung der §§ 722, 723 ist, daß gegen den Beklagten als solchen ein Urteil vorliegt.

2. BadRpr. **14** 95 (Karlsruhe). Das Urteil eines französischen Gerichts, das auf Grund der Vereinbarung des Erfüllungsorts erlassen wurde, ist nicht für vollstreckbar zu erklären. (Französisch-badischer Staatsvertrag vom 16. April 1846, dessen Fortgeltung durch Urteil des OLG. Karlsruhe, ZIPR. **23** 293 ff., anerkannt ist.)

§ 724. 1. OLG. **29** 184 (Kiel). Das Gericht entscheidet nur darüber, ob die erteilte Klausel in der vorliegenden Gestalt zulässig war, kann aber die unzulässige Klausel nicht durch eine andere ersetzen.

2. R. **14** Nr. 645 (LG. Bautzen). Unter § 2 RGes. vom 4. August 1914 fällt noch die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines zu Unrecht erlassenen Versäumnisurteils, da dieses Verfahren noch nicht zur Zwangsvollstreckung gehört. Vgl. auch Güthe aaO. **59** 34 und Unger, R. **14** 680.

§§ 725, 727. OLG. **29** 227 (Dresden). Wenn ein Kaufmann unter seiner Firma klagt oder verklagt wird, ist Partei nicht die Firma, sondern derjenige, der zur Zeit der Begründung der Rechtshängigkeit Inhaber der Firma ist. Der Erwerber des Geschäfts muß die Umschreibung der Vollstreckungsklausel nach § 750 Abs. 1 auf seinen Namen bewirken (vgl. SächsOLG. **35** 203 ff.).

§ 726 Literatur: Mendel, Nachweise und Rechtsmittel bei Vollstreckung notarieller Urkunden, DNotZ. **14** 282—329. — Höpker-Aschoff, LeipzZ. **14** 1015.

1. R. **14** Nr. 2603 (BayObLG.). Zum Nachweise, daß die Kündigung vom Gläubiger ausgegangen ist, genügt nicht die Zustellung der privatschriftlichen Kündigung. Die Vermutung des § 167 Abs. 2 ZPO. gilt für Zustellungen außerhalb des Prozesses nicht.

2. Zur Streitfrage, ob Festsetzung der Kosten vorbehaltlich des Nachweises der Zahlung zulässig ist, empfiehlt Schmitt, DRZ. **14** 656, die Einfügung einer Vorschrift im § 104, wonach die Festsetzung mit dem Vorbehalte gestattet ist, daß der Antragsteller vor der Zwangsvollstreckung dem Vollstreckungsorgane die Zahlung nachweist.

3. Höpfer-Aschoff, LeipzZ. **14** 1015, bespricht die Gültigkeit der Klausel, insbesondere in vollstreckbaren Urkunden, daß dem Gläubiger jederzeit auf die unbescheinigte Behauptung derjenigen Tatsachen die Vollstreckungsklausel zu erteilen sei, von deren Eintritt die Fälligkeit abhängt (Verzug, Kündigung mit Kündigungsfrist). Als Beweisvertrag sei die Abrede ungültig, materiellrechtlich werde durch jene Erklärung die Natur des Anspruchs nicht umgestaltet, seine Fälligkeit von einer Kündigung nicht unabhängig gemacht. — Bei der kassatorischen Klausel habe der Gläubiger überhaupt nur die Fälligkeit und die Mahnung zu beweisen, die sich aber regelmäßig nach § 284 Abs. 2 BGB. erübrige. Der Schuldner habe den Mangel des Verschuldens und die Erfüllung zu beweisen. Für die kassatorische Klausel sei daher der Zusatz in der Urkunde überflüssig. Anders verhalte es sich mit dem Nachweise der Kündigung. — Dafür, daß die kassatorische Klausel überflüssig und unzulässig, auch Mendel, JW. **14** 1072 f., der im übrigen DNotV. **14** 289 ff. folgende Sätze aufstellt: Der Gläubiger hat nur dann den Eintritt einer Tatsache zu beweisen, wenn ihm die Beweispflicht nach allgemeinen materiellrechtlichen Bestimmungen obliegt. Daraus folgt für die Erteilung der Vollstreckungsklausel bei einer die Aufnahme eines Darlehens verlautbarenden Urkunde gemäß § 794 Nr. 5 ZPO.: a) Bezüglich der jeweils fälligen Zinsen kann die Vollstreckungsklausel sofort erteilt werden. b) Bei Verabredung der kassatorischen Klausel (das Kapital soll bei nicht pünktlicher Zinszahlung sofort fällig sein) kann die Klausel auf die unbewiesene Behauptung der nicht pünktlichen Zinszahlung erteilt werden. b) In anderen Fällen, wo dem Gläubiger die Beweislast obliegt, z. B. Eintritt der Fälligkeit nach vorausgegangener Kündigung, darf die Klausel erst nach Führung des Beweises erteilt werden. Die in der Praxis häufig vorkommende Abrede, daß der Gläubiger jederzeit ohne den Nachweis der die Fälligkeit des Kapitals bedingenden Tatsache befugt sein solle, sich eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen zu lassen, ist in den Fällen zu a und b überflüssig, in dem Falle zu c ohne rechtliche Wirkung.

§ 727. 1. OLG. **29** 171 (KG.). Auch bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen ist die Klausel dem Rechtsnachfolger des Gläubigers zu erteilen.

2. SächsOLG. **35** 279 (Dresden). Nach Übernahme des Rechtsstreits als Hauptpartei muß der Beklagte die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung im Falle des § 266 ZPO. ohne weiteres gegen sich gelten lassen.

3. HessRspr. **14** 202 (LG. Gießen). Wenn eine offene Handelsgesellschaft verurteilt und in der Folge ohne Liquidation aufgelöst worden ist, ist die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen die einzelnen Gesellschafter unzulässig (ebenso JW. **08** 687 und die herrschende Praxis).

4. Krönig, HansGZ. **14** 9, hält es für zulässig, bei Erteilung einer vollstreckbaren Urteilsausfertigung gegen den Erben als verurteilten Beklagten dem Erben die Beschränkung seiner Haftung vorzubehalten. Wenn auch im Verfahren nach § 731 ZPO. über materielle Einwendungen nicht entschieden werden könne, so stelle doch ein bloßer Vorbehalt materieller Einwendungen noch keine Entscheidung über dieselben dar.

5. *Mendel aaO. Wird der Darlehnsschuldner, der sich in einer Urkunde gemäß § 794 Nr. 5 ZPO. der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, von seiner verheirateten Tochter beerbt, so ist bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung, soweit in das zur Hypothek gestellte Grundstück (das zum ererbten eingebrachten Gute gehört) und bei dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, soweit in das Gesamtgut vollstreckt wird, kein besonderer Titel gegen den Ehemann erforderlich. Die Vollstreckungsklausel kann vielmehr auch gegen ihn als den Rechtsnachfolger gemäß § 727 ZPO. bzw. den Besitzer gemäß § 325 ZPO. umgeschrieben werden.

§ 729. Nach Weiskopf, Der Begriff Rechtsnachfolger (1913) 99, 123 (vgl. JDR. **12** zu § 727 Ziff. 1 b) fällt die Schuldnachübernahme (private Schuldübernahme) unter §§ 727, 325 ZPO.; die Zulässigkeit eines Analogieschlusses ergibt sich aus §§ 729, 738. Reichel, der früher die Unzulässigkeit der Anwendung auf einen Umkehrschluß aus § 729 gestützt hatte (Schuldmitübernahme 534), tritt jetzt in seiner Besprechung der Weißkopfschen Schrift, BuschZ. **44** 541, der Ansicht bei, man könne aus § 729 analog folgern, daß gegen den Schuldnachübernehmer, der nach rechtskräftiger Feststellung der Urschuld — also nicht schon nach Eintritt der Rechtshängigkeit, insofern weicht er von Weiskopf ab — die Urschuld nachübernommen hat, vollstreckbare Ausfertigung gemäß § 727 erteilt werden kann.

§ 730. OLG. **29** 184 (München). Der Gerichtsschreiber, der die ablehnende Anordnung des Vorsitzenden zustellt, macht sie sich zu eigen; gegen die bestätigende Entscheidung des Prozeßgerichts ist daher die Beschwerde zulässig, ohne daß erst eine Entscheidung des Gerichtsschreibers herbeizuführen ist.

§ 731. OLG. **29** 170 (Hamburg). Die Klage aus § 731 ist ausgeschlossen, wenn § 726 nicht vorliegt.

§ 732. Über die Anordnung des Nichteintritts der Rechtsfolgen durch das im § 732 ZPO. bezeichnete Gericht nach § 1 Abs. 3 Bek. vom 18. August 1914 in Verbindung mit § 2 Bek. vom 7. August 1914 vgl. Güthe, GruchotsBeitr. **59** 75 f. Da nach § 724 Abs. 2 ZPO. die Vollstreckungsklausel von dem Gerichtsschreiber erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gericht anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichts erteilt wird, so kann für die Anordnung nach § 3 auch ein LG., ein OLG. oder das RG. zuständig sein. — Die Anordnung setzt die Erteilung der Vollstreckungsklausel voraus, ist dagegen zulässig, bevor die Zwangsvollstreckung begonnen hat. — Die Zulässigkeit der Anordnung hängt ferner davon ab, daß der Schuldner nicht bereits beim Prozeßgericht (§ 1 Abs. 1) oder beim AG. (§ 1 Abs. 3 Bek. vom 18. August 1914 mit § 2 Bek. vom 7. August 1814) eine solche Anordnung erzielt hat. Unerheblich ist, aus welchem Grunde das Prozeßgericht oder das AG. die Anordnung nicht getroffen hat. Die Anordnung gemäß § 3 ist also nicht nur dann, wenn das Urteil des Prozeßgerichts vor dem 31. Juli 1914 ergangen ist oder der Schuldner in dem Prozeßverfahren den Antrag auf Erlaß der Anordnung nicht gestellt hat oder eine vollstreckbare Urkunde vorliegt, sondern auch dann zulässig, wenn der Antrag des Schuldners von dem Prozeßgericht oder dem AG. zurückgewiesen worden ist. Dies folgt aus dem Wortlaute des § 3 Satz 2 und der Erwägung, daß zur Zeit der Zwangsvollstreckung die Verhältnisse anders liegen können als zur Zeit des Erlasses des Urteils.

§ 733. SeuffA. **69** 185, OLG. **29** 185 (München). Gegen die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung findet keine Beschwerde statt.

§ 737. *Goldschmidt, Festgabe für Brunner 137 Anm. 4. Das Recht auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu klagen, ist ein materielles Ziviljustizrecht, das mit der „Haftung" zusammenfällt (vgl. oben Ziff. 1 zu § 253 ZPO.).

§ 739 Literatur: Kraemer, Zwangsvollstreckung und eheliches Güterrecht, Veröffentlichungen des Berliner Anwalt-Vereins Heft 27, 1914.

1. Kraemer aaO. 9 bekämpft die herrschende Meinung, wonach der Mann, auch wenn er vorher nicht zur Duldung aufgefordert worden ist, die Kosten der Klage auf Duldung zu tragen hat (§§ 1388, 1387 Ziff. 1, 1416 Abs. 2 BGB.). — Ebenso hat OLG. **29** 37 (Breslau) dem auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagten Ehemanne die Berufung auf § 93 ZPO. offengelassen.

2. Für die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist nach Kraemer aaO. 12 derselbe sachliche oder örtliche Gerichtsstand gegeben. — Die Ehegatten sind nicht notwendige Streitgenossen (13). — Zulässig ist der Einwand, daß Güter-

trennung besteht (15). — Wenn die Voraussetzungen des § 1411 BGB. gegeben sind, ist die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Ehemann zulässig, ohne Rücksicht darauf, ob der Tatbestand des § 741 ZPO. vorliegt. Der letztere Umstand ist zur Zeit der Zwangsvollstreckung zu berücksichtigen. — Das Urteil gegen die Ehefrau begründet Rechtskraft gegen den Ehemann nur dann, wenn die Ehefrau den Rechtsstreit mit Zustimmung des Mannes geführt hat (§ 1400 BGB.) oder wenn es seiner Zustimmung nach § 1407 nicht bedurfte (16). Vgl. auch zu §§ 741 und 809 ZPO.

3. **a)** OLG. **29** 172 (KG.). Die Duldungsklage aus § 739 ist nötig auch bei Verurteilung der Eheleute als Gesamtschuldner; ferner **b)** OLG. **29** 173 (Braunschweig) für die Geltendmachung der Hypothek gegen den im Grundbuch eingetragenen aufgeheirateten Mann; **c)** unzulässig bei der Gütertrennung, OLG. **29** 174 (KG.).

4. Levison, Mobiliarpfändung beim Güterstande der Gütertrennung, JW. **15** 269, bekämpft die herrschende Meinung (vgl. OLG. **14** 171 ff.), wonach eine Mobiliarpfändung gegen die in Gütern getrennte Ehefrau deshalb nicht vorgenommen werden könne, weil sich die Mobilien trotz der Gütertrennung im Gewahrsame des Ehemanns als Haushaltungsvorstandes sich befänden und §§ 808, 809 entgegenständen. (Notwendig also nach der herrschenden Meinung der zeitraubende und kostspielige Umweg durch Pfändung des Herausgabeanspruchs.) Das Gesetz spreche nicht von ausschließlichem Gewahrsam, der Ehemann besitze solchen keinesfalls.

5. **a)** Über die Frage, ob gegen die Ehefrau eines Kriegsteilnehmers ein Räumungsurteil erwirkt und vollstreckt werden kann, vgl. Güthe, JMBl. **14** 749 und GruchotsBeitr. **59** 34 f. Auf Grund des ehelichen Verhältnisses ist die Ehefrau gemäß § 1354 BGB. zum Weiterbleiben in der Wohnung verpflichtet; diese zwingende auf sozialer Pflicht beruhende Pflicht geht der privatrechtlichen des § 556 BGB. vor. Die Klage ist daher der Frau gegenüber abzuweisen. Hat dagegen der Vermieter dem Ehemanne gegenüber ordnungsmäßig gekündigt, so ist das Recht des Mannes auf die Wohnung erloschen, die vom Manne gemäß § 1354 BGB. getroffene Bestimmung hat ihre Wirksamkeit verloren, die Verurteilung der Ehefrau ist möglich, aber die Vollstreckung unmöglich, da sie auch eine Vollstreckung gegen den Mann bedeuten würde. Ebenso Kipp, RuW. **14** 213, Asch, JW. **14** 853, Flatow, JW. **15** 75. Vf. des PrJustMin. vom 26. September 1914, JMBl. **14** 717. Dagegen Wertheimer, JW. **14** 948, für die Inanspruchnahme der Frau auf Grund der Eigentumsklage, wenn der Mietvertrag gegenüber dem Ehemanne fristgemäß aufgekündigt ist. — Seeger, JW. **14** 990, hält die Kündigung auch gegen den Kriegsteilnehmer (erforderlichenfalls gemäß § 132 BGB., § 172 ZPO.) für zulässig; trotzdem sei die Vollstreckung des gegen die Ehefrau erwirkten Räumungsurteils unzulässig, bei der Unteilbarkeit des Mietbesitzes würde diese Räumung zugleich eine solche des Ehemanns einbegreifen. Die Anstrengung der Duldungsklage nach § 739 sei ausgeschlossen. Schwarzschild, JW. **14** 992, meint, der Gegenstand der Eigentumsklage sei das Haus. (?) — Gumbinner, DJZ. **14** 1203, stützt die Unzulässigkeit der Klage auf § 1356 BGB. **b)** Aus der Praxis. Die MinVf. vom 26. September 1914 für rechtsgültig erklärt durch JW. **14** 1095 (LG. III Berlin), da bei der Unteilbarkeit des Mietbesitzes der Eheleute die Räumung durch die Ehefrau zugleich eine Räumung durch den Ehemann bedeuten würde. Ebenso KGBl. **14** 143 (LG. I Berlin). Vgl. Schwabe, JW. **14** 708, der die Ehegatten als notwendige Streitgenossen ansieht und ihr Recht, wenn die Ehefrau gemietet, als eingebrachtes Gut, so daß § 739 anwendbar. Bovensiepen, DRZ. **14** 477, Strucksberg, KGBl. **15** 31.

§ 741. Der Paragraph ist nach Kraemer aaO. 18 ff. so zu lesen: es sei denn, daß schon zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit der Einspruch oder Wider-

ruf eingetragen war: die Eintragung muß auch zur Zeit des Beginns der Zwangsvollstreckung bestehen.

§ 752. Dittrich, DRZ. **14** 735 und Kipp, RuW. **14** 213, weisen darauf hin, daß bei Forderungspfändungen gegen Kriegsteilnehmer § 752 ZPO. zu beachten und auch die Anwendung des § 247 zulässig ist.

§ 753 und § 75 Nr. 3 PrAnw. für GerVollz. BuschsZ. **44** 136 (AG. Berlin-Mitte) verneint, daß der Gerichtsvollzieher ohne Rücksicht auf den Inhalt des ihm erteilten Auftrags zu handeln hat, der Gerichtsvollzieher sei nicht nur Vollziehungsbeamter, sondern auch Beauftragter und habe daher im gegebenen Falle der Anweisung entsprechend den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nur dem Drittschuldner zustellen dürfen.

§§ 756, 757. NaumburgAK. **14** 18, OLG. **29** 174 (Naumburg). Der Schuldner, der den Urteilspflichten genügt hat, hat einen Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Gläubiger.

§ 758. Das Recht des Gläubigers oder seines Vertreters auf Anwesenheit bei der Mobiliarzwangsvollstreckung anerkannt durch Vf. des LGPräsidenden in Ratibor vom 15. August 1914 und des OLGPräsidenden in Breslau vom 2. November 1914, BreslauAK. **14** 50.

§ 761. Crasemann, Rechtsmittel bei der Zwangsvollstreckung gemäß § 761, DJZ. **14** 428. Gegen die Verfügung, die den Antrag ablehnt, steht dem Gläubiger die sofortige Beschwerde zu, gegen die Verfügung, die dem Antrage stattgibt, dem Schuldner die Erinnerung nach § 766 ZPO.

§ 764. GewuKfmG. **14** 280 (GG. Aschaffenburg). Für die Bewilligung des Armenrechts nach rechtskräftiger Entscheidung ist nicht das GewG., sondern nach § 764 ZPO., § 57 Abs. 4 GewGG. das AG. zuständig. Diese Ansicht wird von Schloß aaO. bekämpft und ausgeführt, daß das Prozeßgericht zuständig bleibe.

§§ 766, 767. 1. Über Vollstreckungsklage und Erinnerung vgl. BuschsZ. **44** 114 ff. Ist die Klärung eines undeutlichen Urteils ohne Zurückgehen auf den Anspruch unmöglich, so ist zwar Klage möglich, aber diese fällt nicht unter § 767. Kann durch Auslegung der Zweifel behoben werden, so tut das der Vollstreckungsrichter.

2. BuschsZ. **44** 137 (LG. Karlsruhe) legt die Kosten der Erinnerung unter entsprechender Anwendung des § 93 ZPO. dem Schuldner auf, weil er die Unentbehrlichkeit der gepfändeten Sachen nicht dem Gerichtsvollzieher gegenüber geltend gemacht, auch den Gläubiger nicht vorher zur Freigabe aufgefordert hatte.

3. R. **14** Nr. 105 (Düsseldorf). Das Vollstreckungsorgan hat selbst eine offenkundige Abtretung des zu vollstreckenden Anspruchs nicht zu berücksichtigen. Der Schuldner kann eine solche nur im Wege der §§ 767, 769 geltend machen.

§ 767. 1. KGBl. **14** 7 (LG. I Berlin). Über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem Vergleich auf Grund der kassatorischen Klausel kann nur im Wege der Klage gemäß § 767 entschieden werden. (Streit über die Fälligkeit der Forderung wegen nicht pünktlicher Ratenzahlung.)

2. SeuffA. **69** 186 (BayObLG.). Die Erhebung der Verjährungseinrede im Kostenfestsetzungsverfahren ist unzulässig. Sie ist gemäß § 767 geltend zu machen.

3. R. **14** Nr. 954 (Stuttgart). Entstanden im Sinne des § 767 Abs. 2 ist die Aufrechnungseinrede schon in dem Zeitpunkt, in dem die Forderungen als aufrechenbar einander gegenüber getreten sind, nicht erst mit der Aufrechnungserklärung (vgl. JDR. **12** Ziff. 6). — Dies der Standpunkt des RG., den dieses auch in der Entsch. vom 31. Mai 1913 (GruchotsBeitr. **58** 487 ff.) festgehalten hat unter der wiederholten Betonung, daß es sich bei der Aufrechnung um eine eigentümliche Einwendung handle, mit der geltend gemacht werde, daß der von der anderen Seite

erhobene Anspruch in Höhe der ihm aufrechnungsweise entgegengesetzten Gegenforderung als erloschen zu gelten habe. Vgl. BadRpr. **14** 166 (Karlsruhe).

4. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 836, LeipzZ. **14** 1366 Nr. 1. Eine zum Zwecke einer prozessualen Sicherheitsleistung erfolgte Hinterlegung kann durch nachträglichen Verzicht auf das Recht der Rücknahme den Charakter einer Hinterlegung im Sinne der §§ 372 ff. BGB. annehmen und hierauf die Vollstreckungsgegenklage gestützt werden. Der Umstand, daß die Verzichtserklärung während der Dauer des Prozesses abgegeben, ist bei der Kostenentscheidung zu berücksichtigen.

5. OLG. **29** 228 (München) läßt neue Einwendungen auch in der Berufungsinstanz zu.

6. Anwendbarkeit verneint. **a)** OLG. **29** 113 (KG.). Die Klage aus §§ 767, 794, 795 ist gegenüber einem gerichtlichen Vergleich unzulässig. **b)** SeuffA. **69** 231, OLG. **29** 187 (München). Die Aufrechnung mit den Kosten im Prozesse selbst vor Erlassung des die Kostenpflicht erst regelnden Urteils ist unzulässig, da die zu tilgende Kostenforderung nach ihrem Betrage nach nicht feststellbar ist. Ebenso OLG. **29** 188 (München). Anders OLG. **29** 186 (KG.): Der Kläger, der die Klage zurücknahm, hätte mit seiner Forderung aufrechnen können, die Berechnung wäre unschwer möglich gewesen.

§§ 769, 771. 1. Zuständigkeit. HessRspr. **15** 68 (LG. Gießen). Das Prozeßgericht als Gericht, bei dem die Klage eingereicht ist, ist ohne Rücksicht auf die sachliche Zuständigkeit zum Erlasse des Einstellungsbeschlusses berechtigt (vgl. JW. **94** 172 Nr. 6). Ebenso OLG. **29** 229 (KG.).

2. Dauer der Anordnung. KGBl. **14** 44 (KG.). Ist die Zwangsvollstreckung bis zur Erlassung des Urteils eingestellt, so kann sie nach Abweisung der Klage durch Urteil erster Instanz fortgesetzt werden, auch wenn das Urteil nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt ist; geschweige denn, wenn das Urteil rechtskräftig ist. Ebenso OLG. **29** 189 (KG.).

3. Möglichkeit der Abänderung eines Einstellungsbeschlusses. BadRpr. **14** 175 (Karlsruhe) läßt dahingestellt sein, ob der Prozeßrichter, der gemäß §§ 771 Abs. 3, 771 Abs. 1, 769 Abs. 1 u. 3 eine Anordnung auf einstweilige Einstellung einer Zwangsvollstreckung erlassen hat, nicht schon durch die Vorschriften der §§ 797 577 Abs. 3 überhaupt gehindert ist, vor Erlassung des Urteils die Anordnung wieder abzuändern und aufzuheben. Auch wenn man eine derartige Befugnis des Prozeßgerichts bejaht, hat sie zur Voraussetzung, daß sich seit Erlassung der Anordnung veränderte Umstände ergeben haben, die die nachträgliche Änderung oder Aufhebung rechtfertigen. Unter veränderten Umständen ist wie im § 927 ZPO. der Fortfall der wesentlichen Voraussetzungen der erlassenen Anordnung, sei es, daß die dafür maßgebenden Umstände sich seit ihrer Erlassung objektiv geändert haben, sei es, daß erst jetzt die richtige Kenntnis des wahren Sachverhalts erlangt worden ist.

4. Haftung der Sicherheit. Hein, DJZ. **14** 689. Die Sicherheit kann nur die nach dem Verluste des Eigentums dem Intervenienten noch bleibenden Ansprüche auf die ungerechtfertigte Bereicherung und geeignetenfalls auf Schadensersatz nach § 823 BGB. schützen. Bestehen solche Ansprüche nicht, so wird die Sicherheit frei.

5. Einstweilige Anordnung und einstweilige Verfügung. SchlHolstAnz. **14** 109 (Kiel). Unzulässig nach Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 769 eine einstweilige Verfügung, die den Gerichtsvollzieher ermächtigt, das streitige Vieh zu verkaufen, falls die Futterkosten von den Parteien nicht hergegeben werden (wenngleich der Vollstreckungsgläubiger verpflichtet ist, die Futterkosten vorzuschießen).

6. Unanwendbarkeit zugunsten des Drittschuldners. OLG. **29** 186 (Hamburg). Die Rechtsbehelfe aus §§ 767, 769 stehen nur dem Schuldner, nicht auch dem Drittschuldner zu; dieser kann daher nicht unter der Behauptung, daß der Schuldtitel durch Befriedigung des Gläubigers seine Wirksamkeit verloren habe, die Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragen.

7. Verhältnis zu § 768. **RG.** OLG. **29** 186. Nach § 768 verbunden mit § 767 Abs. 1, 3 ist auch dann, wenn im Beschlußverfahren die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Klausel zurückgewiesen sind, dem Schuldner, der den als bewiesen angenommenen Eintritt der Voraussetzungen für die Erteilung der Klausel bestreitet, die Klage vor dem Prozeßgericht in erster Instanz gestattet.

§ 771. I. Allgemeines. Klang, Exszindierungstypen, AÖstGZ. **14** 147 ff., beklagt auch für Österreich die häufige Ergebnislosigkeit der Mobiliarpfändung, weist auf die schwankende Praxis des Obersten Gerichtshofs in bezug auf die Zulassung der Einrede der Simulation hin und erörtert im übrigen, wie bei Klagen der Ehegatten, bei Interventionen von Gegenständen des Gewerbebetriebs, aus dem Eigentumsvorbehalt auf Grund der Sicherungsübereignung (die für ungültig erklärt wird, weil nach §§ 424, 316, 1461, 1462 ABGB. nur solche Eigentumstitel anerkannt würden, die eine Vermögensverschiebung im Gefolge hätten) durch unzweckmäßige Auslegung fraudulosen Geschäften Vorschub geleistet und durch schematische Beweiswürdigung die Aufdeckung des Sachverhalts verhindert werde. Vgl. JBl. **14** 57 ff.

II. Anwendungsfälle. 1. **RG. 84** 216. Zu versagen ist die Widerspruchsklage, wenn dem Widersprechenden nur eine persönliche Forderung auf Übereignung oder Übergabe solcher Gegenstände zusteht, die zum Vermögen des Schuldners gehören, ohne daß sie in dieses durch Überlassung seitens des Widersprechenden (gegen die Verpflichtung zur Rückgabe) gelangt sind.

2. Über die Widerspruchsklage im Falle der Begründung eines Treuhandverhältnisses vgl. oben II 2 c zu § 117 BGB. (vgl. auch JDR. **12** Ziff. 5) und wegen des Widerspruchs eines Nießbrauchers gegen die Pfändung von Mietzinsen oben Ziff. II zu § 1124 BGB.; ferner R. **14** Nr. 1146 (Stuttgart): Wenn ein Schuldner einem Vertrauensmanne seine Mietzinsansprüche abtritt, damit dieser sie zugunsten des Schuldners einziehe, so hat der Vertrauensmann an diesen Forderungen kein die Veräußerunghinderndes Recht.

3. OLG. **29** 190 (Celle). Die Klage ist nicht gegeben, wenn Streit darüber entsteht, ob gegen jemand mit Recht oder Unrecht vollstreckt wird. Der Schuldner ist einer der Hauptbeteiligten, nicht Dritter. Er hat seine Einwendungen gemäß § 766 geltend zu machen, auch die mangelnde Übereinstimmung derjenigen Person, gegen die vollstreckt wird, mit derjenigen, gegen die der Schuldtitel vollstreckbar ist. Auch die Feststellungsklage ist unzulässig (vgl. dagegen Stein § 766 IV).

4. a) OLG. **29** 195 (KG.). Das Pfandrecht gehört nicht zu den die Veräußerung hindernden Rechten. b) OLG. **29** 196 (Marienwerder). § 771 gilt nicht bei der Anfechtung einer Vollstreckungshandlung, da diese nicht Feststellung vollkommener Ungültigkeit der Vollstreckung bezweckt.

III. Die Kostenfrage bei Klaglosstellung des Widerspruchsklägers. 1. Für die weitere Auslegung des Begriffs des sofortigen Anerkenntnisses HessRspr. **14** 220 (LG. Mainz) im Anschluß an OLG. **23** 106 (Hamburg). Wenn der pfändende Gläubiger die Zwangsvollstreckung nicht ohne Glaubhaftmachung des Eigentums aufzugeben braucht, so ist er hierzu auch nicht verpflichtet, wenn der Dritte ohne Nachholung der Glaubhaftmachung klagt. Ebenso KGBl. **14** 73 (LG. II Berlin). (Über den Begriff des Anerkenntnisses selbst vgl. SeuffA. **69** 121 [Braunschweig]).

2. a) Levin, KGBl. **14** 27, bekämpft das „Recht auf Glaubhaftmachung",

gibt aber die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 94 ZPO. in dem Falle zu, daß die Klage auf Sicherungsübereignung gestützt wird. b) Riedinger, Die Kostenpflicht im Interventionsprozesse, LeipzZ. **14** 1514, empfiehlt de lege ferenda eine gesetzliche Bestimmung des Inhalts, daß das Gericht befugt ist, dem Interventionskläger auch dann, wenn der Beklagte erst im Laufe des Prozesses anerkennt, die Kosten ganz oder teilweise aufzuerlegen, wenn der Beklagte bis zur Abgabe des Anerkenntnisses so begründeten Anlaß hatte, an der Berechtigung des Klägers zu zweifeln, daß ihm ein früheres Anerkenntnis nicht zugemutet werden konnte. c) Reichel, DJZ. **14** 747, macht darauf aufmerksam, daß für die Kosten des Interventionsprozesses der Vollstreckungsschuldner aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes haftet. Ebenso AÖstGZ. **14** 72 (ÖstOG.).

3. Mittel der Glaubhaftmachung. a) KGBl. **14** 8 (LG. III Berlin). Die Glaubhaftmachung des Eigentums an den Pfandstücken durch eidesstattliche Versicherung des Intervenienten ist unzureichend. Der Pfändungsgläubiger ist nicht verpflichtet, den Intervenienten auf die unzureichende Glaubhaftmachung hinzuweisen und ihm besondere Ratschläge und Belehrungen zu erteilen. Ebenso KGBl. **14** 73 (LG. II Berlin), vgl. zu 1. b) BuschZ. **44** 138 (LG. Karlsruhe). Der Gläubiger kann Vorlegung der Urkunden in Urschrift oder beglaubigter Abschrift verlangen. Vgl. JW. **15** 294 (Cassel). Die Übersendung einer vom Anwalt beglaubigten Vertragsabschrift genügt.

IV. Bewirkung der Freigabe. a) KGBl. **14** 9 (LG. III Berlin). Der Pfändungsgläubiger, der den gepfändeten Gegenstand freigibt, ist aus dem Gesichtspunkte des § 1004 BGB. zur Vermeidung der Kostenhaftung nach §§ 286, 249, 251 BGB. verpflichtet, nicht nur dem Gerichtsvollzieher, sondern auch dem Intervenienten selbst die Freigabe mitzuteilen. b) Plonski, KGBl. **14** 14. Zur eigentlichen Klaglosstellung des Interventionsklägers, d. h. völligen Beseitigung des durch die Pfändung geschaffenen Zustandes genügt nicht lediglich die Freigabeerklärung seitens des Beklagten ihm gegenüber, sondern es ist auch die Entsiegelung der Pfandstücke erforderlich, zu der der Beklagte den Gerichtsvollzieher anzuweisen hat. c) **RG.** R. **14** Nr. 387. Nach Aufhebung der von ihm ausgebrachten Mietpfändungen kann der Beklagte die Einwilligung in die Beseitigung der durch die Pfändung verursachten Hinterlegung nicht unter Berufung auf die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Besserberechtigten gegenüber einem Dritten verweigern.

V. Die Frage: Kann der Interventionsbeklagte die Freigabe von Pfandstücken aus dem Grunde ablehnen, daß der Interventionskläger zur Duldung der Zwangsvollstreckung nach materiellem Rechte verpflichtet sei? wird von KGBl. **14** 131 (LG. II Berlin) entgegen **RG. 30** 388 und Riedinger, JW. **13** 1163 ff., verneint. Sachlich habe die Interventionsklage den Charakter einer Beschwerde über die Zwangsvollstreckung. Es bestehe kein Bedürfnis, die materiellrechtliche Haftung des Intervenienten ohne Vollstreckungstitel zur Geltung zu bringen. Der Beklagte könne klagen und pfänden, habe die Möglichkeit des Erlasses von Arresten und einstweiligen Verfügungen. ➺ Die Entscheidung befriedigt nicht. Das AG. hatte zur Begründung der gegenteiligen Auffassung geltend gemacht, die gegnerische Ansicht führe zu einer unnützen Vermehrung der Prozesse. Das LG. ließ dies nicht gelten und wies darauf hin, daß die ZPO. auch sonst den Schuldtitel gegen sämtliche Berechtigte verlange, die an einer Vermögensmasse beteiligt seien (§§ 736, 737, 739). Der Fall liegt aber wesentlich anders. Es kann mindestens, wenn eine materiellrechtliche Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung besteht, in der Erhebung der Widerspruchsklage ein arglistiges Verhalten liegen. Bei der auf Sicherungsübereignung gestützten Widerspruchsklage hat OLG. Kiel vom 12. Mai 1914 die Einrede aus § 419 für zulässig erachtet (OLG. **29** 192), und dies ist auch der

neuere Standpunkt des RG. (JW. **12** 347 entgegen **RG. 68** 424). ←■ Auch Rhein. ARB. **32** 36 (LG. Cöln) geht davon aus, daß die materiellrechtliche Haftung allein den Widersprechenden nicht seines Widerspruchsrechts berauben könne. Wohl aber könne dem Gläubiger gegenüber auf alle Einwendungen gegen die Pfändung verzichtet werden.

VI. 1. Über den Kriegsschutz der Interventionsberechtigten vgl. Seeger, KGBl. **14** 145. Ferner Güthe aaO. 42. Einem Kriegsteilnehmer, dem an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, kann, wenn er keinen Vertreter hat, nur dadurch geholfen werden, daß gemäß § 1911 BGB. für ihn ein Abwesenheitspfleger bestellt oder gemäß § 89 ZPO. ein Vertreter ohne Vertretungsmacht zugelassen wird.

2. Die Zulässigkeit der Interventionsklage des ausländischen Eigentümers auf Grund der VO. vom 7. August 1914 verneint von Steffens, JW. **15** 231 ff., bejaht von Leo, JW. **15** 366.

§ 774. Kraemer 22 (vgl. zu § 739). Da im Falle des § 774 die Zwangsvollstreckung prozeßordnungsmäßig zulässig war, so findet nur die Widerspruchsklage statt, nicht etwa die Erinnerung aus § 766 ZPO.

§ 775. a) **RG. 84** 200 ff. hält (im Anschluß an **RG. 70** 402) daran fest, daß die Entscheidung des Beschwerdegerichts, weil sie sofort vollstreckbar ist — §§ 793, 794 Nr. 3 ZPO. —, auch vor Rechtskraft die Vollstreckungsmaßregel aufhebt. b) Bovensiepen, Aufhebung von Pfändungen des Gerichtsvollziehers auf Grund eines Aufhebungs- oder Einstellungsbeschlusses des Vollstreckungsgerichts, DRZ. **14** 544, behandelt die hiernach (vgl. a) ungünstige Stellung des Gläubigers, wenn vor Entscheidung über die eingelegte sofortige Beschwerde, welche die Pfändung wiederherstellt, der Schuldner über die freigegebenen Sachen verfügt. Er macht darauf aufmerksam (wie auch **RG.** aaO. 204), daß der Vollstreckungsrichter wie das Beschwerdegericht die Vollstreckung des angefochtenen Beschlusses bis zur rechtskräftigen Entscheidung einstellen könne, und empfiehlt eine Zusatzbestimmung zu §§ 775, 572, die den Vollstreckungsrichter ermächtigt, in allen Zweifelsfällen dem Beschlusse den Vermerk zuzufügen, daß seine Entscheidung erst nach Ablauf der Beschwerdefrist vollstreckt werden dürfe. Demgegenüber macht Hirsch, JW. **15** 207 darauf aufmerksam, § 572 helfe nicht. Denn wenn der aufhebende Beschluß sofort mit seinem Erlasse die Zwangsvollstreckung beseitige, sei kein Raum mehr für eine Einstellung. Auch das Hinausschieben der Vollstreckbarkeit durch das Vollstreckungsgericht sei unstatthaft. Nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung könne dem Gläubiger nicht geholfen werden. c) *Crasemann, Ist die Wiederherstellung eines auf Erinnerung des Schuldners aufgehobenen Pfändungsbeschlusses durch das Beschwerdegericht zulässig? JW. **14** 281 f. Wenn ein Pfändungsbeschluß vom Vollstreckungsgericht auf Erinnerung des Schuldners aufgehoben wird und das Beschwerdegericht diesen Beschluß aufhebt, muß neu gepfändet werden, wenn der aufgehobene Beschluß bereits dem Drittschuldner zugestellt und damit das Pfändungsrecht erloschen war. Der neue Pfändungsbeschluß hat keine rückwirkende Kraft. Bei Pfändung beweglicher Sachen gelten die gleichen Grundsätze, wenn die Freigabe der Sachen durch den Gerichtsvollzieher bereits erfolgt ist.

§ 779. Die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung hält Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben (Festschrift für A. Thom, Jena 1911), für unzulässig, außer wenn es sich um den Schutz eines absoluten Rechtes handelt.

§ 780. 1. Dauer der Beschränkung. **RG. R. 14** Nr. 1606, LeipzZ. **14** 1666 Nr. 8. Der Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung ist auszusprechen, so lange nicht feststeht, daß die Beschränkbarkeit endgültig verloren. Der Verlust tritt noch nicht ein durch Einziehung einer Nachlaßforderung und Verteilung des

Betrags. Zur Beschränkung auf den Nachlaß genügt nicht die Inventarerrichtung, sie setzt Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses voraus.

2. Umfang der Haftungsbeschränkung. a) R. **14** Nr. 2005 (München). Der Vorbehalt der Haftungsbeschränkung bezieht sich nicht auf die Anfechtung wegen Gläubigerverkürzung. b) **RG.** JW. **14** 284 Nr. 10. Der Vorbehalt des § 780 deckt auch den Fall des § 1973. Letzterer braucht nicht besonders geltend gemacht zu werden. Daher kann der Erbe noch in der Vollstreckungsinstanz sich auf den Ausschluß des Gläubigers im Aufgebotsverfahren berufen, obwohl er ihn bereits im Hauptprozesse hätte geltend machen können. — Dagegen wendet sich Scheye, LeipzZ. **14** 922. § 780 habe nur die Beschränkung im Auge, die auf Grund des § 1975 eintrete. Nach § 781 bleibe die Beschränkung der Haftung so lange unberücksichtigt, bis der Erbe auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung Einwendungen erhebe. Diese Einwendungen könnten aber, wie aus § 784 folge, nur darauf gestützt werden, daß entweder eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet sei. Der Hinweis des RG. auf § 2013 BGB. gehe fehl, weil die Rechte aus §§ 1973 und 1974 sogar dem unbeschränkt haftenden Erben zuständen. Daher müsse der Erbe die Tatsache des stattgefundenen Ausschlusses zur Vermeidung des Verlustes der Einrede aus § 767 im Hauptprozesse geltend machen. — Gegen Scheye vgl. Bendix, LeipzZ. **14** 1189 ff. Daraus, daß § 784 dem Erben für die Regelfälle einer Beschränkung der Haftung eine Befugnis gewähre, folge nicht, daß in den §§ 780, 781 ZPO., die allgemein gefaßt seien, derselbe Tatbestand zugrunde liegen müsse. § 786 ergebe das Gegenteil. Die im § 780 Abs. 2 bezeichneten Personen könnten die Abzugseinrede aus § 1973 nur unter denselben Voraussetzungen wie andere Erben geltend machen, daher auch ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern gegenüber in die Lage kommen, ihre auf den Ausschluß gestützten Einwendungen in besonderen Prozessen zu verfolgen. c) Püschel, KGBl. **14** 17 ff. Die Beschränkung des § 780 bezieht sich nur auf die Hauptsache nicht auf die Kosten. Die Kostenerstattungspflicht beruht nicht auf dem BGB., sondern auf dem Prozeßgesetze. Ebenso Scheye, JW. **14** 662, da nach Ablauf der in §§ 2014, 2015 BGB. bestimmten Fristen der Erbe die Befriedigung der Nachlaßgläubiger nicht mehr verweigern könne. d) SeuffA. **69** 41 (München). Die Ablehnung eines Antrags auf beschränkte Erbenhaftung gehört nicht in den Urteilssatz. e) OLG. **29** 197 (Posen). Die beschränkte Haftung ist auch dem Erben des verurteilten Schuldners in dem Urteile wegen Erteilung der Klausel vorzubehalten.

§ 788. 1. **RG.** JW. **14** 882 Nr. 21. Dem Gläubiger ist unverwehrt, die Vollstreckungskosten statt des Verfahrens aus § 788 auf dem Wege des § 103 festzusetzen (im Anschluß an die herrschende Meinung, Stein Seffert, gegen Falckmann) = R. **14** Nr. 2301. Vgl. auch für die Zulässigkeit der besonderen Festsetzung KGBl. **14** 98 (KG.). (Der Gläubiger hatte zur Vorbereitung eines Vollstreckungsantrags aus §§ 887 ff. ZPO. im Immissionsprozesse 100 M. für ein Gutachten ausgegeben. Es handelt sich also um einen Fall, in dem die Notwendigkeit der Festsetzung schon daraus folgte, daß Streit über das Zweckentsprechende der Maßregel bestand.)

2. R. **14** Nr. 107 (München). Auch zur Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen bedarf es für die Vollstreckungskosten nicht notwendig eines Feststellungsbeschlusses. Eine Scheidung der Vollstreckungskosten kann aber dadurch eintreten, daß für letztere auf Grund gesonderter Festsetzung der Beitritt zu der ursprünglichen Vollstreckung erklärt wird.

3. Schroeder, Hat der Schuldner nach Aufhebung einer gerichtlichen Vollstreckungsmaßregel gegen die Staatskasse einen Anspruch auf Rückerstattung der

beigetriebenen Kosten? LeipzZ. **14** 1795. Nach § 92 GKG. wird die auf § 788 beruhende Verpflichtung zur Zahlung der entstandenen Gebühren und Auslagen durch die Bestimmungen der §§ 81—91 GKG. nicht berührt, d. h. daß § 92 der Staatskasse einen unmittelbaren Anspruch gegen den Schuldner auf Zahlung der Gebühren und Auslagen gewährt. Die Staatskasse erhebt Gebühren vom Schuldner im Falle des § 888 ZPO. (§ 27 Nr. 2 GKG.). Der Schuldner hat gegen den Staat keinen Anspruch auf Erstattung der beigetriebenen Kosten, da für die Notwendigkeit der Kosten im Verhältnisse zur Staatskasse der Zeitpunkt der Beitreibung maßgebend ist. Vgl. OLG. **29** 202 (Hamburg). Zahlt er vor der Beitreibung, so steht § 87 Abs. 2 der Rückforderung entgegen.

§ 792. OLG. **29** 203 (Hamm). Kann der Gläubiger nach § 1563 BGB. und § 34 FGG. die Abschrift einer Urkunde verlangen, so kann er sich auf den nur für den Notfall (subsidiär) gedachten Rechtsbehelf des § 792 ZPO. nicht berufen.

§ 793. 1. RheinRAB. **32** 1 ff. (Cöln). Der eine Vollstreckungsklausel für unzulässig erklärende Beschluß des AG. ist nicht durch sofortige Beschwerde anfechtbar, da es sich nicht um eine Entscheidung im Zwangsvollstreckungsverfahren handelt. (In Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtslehre und Rechtsprechung.)

2. SächsOLG. **35** 95 (Dresden). Die im Einwendungsverfahren erfolgte Aufhebung einer Pfändung hindert nicht die Weiterverfolgung des Vollstreckungsantrags mit der Beschwerde. (Das AG. hatte ein Fahrrad auf Erinnerung freigegeben, das LG. die Beschwerde zurückgewiesen, weil die Pfändung durch die Freigabe erledigt sei. Das OLG. gab der Beschwerde statt, weil nicht der Pfändungsantrag des Gläubigers erledigt sei und eine erneute Pfändung in Frage komme.)

3. Sofortige Beschwerde und Erinnerung im Zwangsvollstreckungsverfahren. a) Crasemann, R. **14** 199, hält die fristlose Erinnerung gegen eine auf Grund des § 766 ZPO. vom Vollstreckungsgericht erlassene Entscheidung nur da für unzulässig, wo der Beschwerdeführer noch nicht vom Vollstreckungsgerichte gehört war, während dieselbe Entscheidung für den Gegner, der gehört ist, nur durch sofortige Beschwerde angefochten werden kann. (Von Bedeutung auch für die Zustellung der Beschlüsse, die das LG. auf die sofortige Beschwerde des Gläubigers erläßt; § 843 ZPO.) **b)** Bovensiepen, DRZ. **14** 873, nimmt in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung an, daß die sofortige Beschwerde über das Verfahren des Vollstreckungsgerichts erst dann stattfindet, wenn die Erinnerung erfolglos geblieben ist (es sei denn, daß, wie nach § 844 ZPO., die Anhörung des Gegners vorgeschrieben ist). Auch die Bewilligung einer Frist gemäß § 3 Bek. vom 7. August 1914 falle unter § 766, so daß dagegen zunächst die Erinnerung stattfinde.

§ 794. Nr. 1. HessRspr. **15** 4 (LG. Darmstadt). Die Beobachtung der Vorschriften der ZPO. ist ausreichend, auch wenn der Vergleich nach Erhebung der Klage vor einem Vormundschaftgerichte geschlossen ist. Der Vergleich deckt auch die Erklärung des Bürgen.

2. SeuffA. **69** 378 (Rostock). Unzulässig ist die Zwangsvollstreckung aus einem Vergleiche, dessen Vorlesung und Genehmigung nicht protokollarisch festgestellt ist.

3. OLG. **29** 201 (Dresden). Ein Prozeßvergleich im Sinne des § 794 Ziff. 1 liegt nur vor, wenn die Absicht, den Streit beizulegen, zweifelsfrei aus dem Protokolle hervorgeht. (Verneint im gegebenen Falle, wo Kläger die Klage zurücknahm und der Beklagte erklärte, die Kosten zu tragen.)

§ 794. Nr. 5. 1. Vollstreckbare Urkunden über die Verpflichtung zur Alimentenzahlung. a) **RG. 84** 317, R. **14** Nr. 1607. Die Erklärung, daß der Schuldner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfe, ist ein einseitiges Rechtsgeschäft; sie braucht, um die Vollstreckbarkeit der Urkunde herzustellen, weder vom Gläubiger wie ein Vertragsangebot angenommen,

noch ihm gegenüber abgegeben zu werden. Sie wird auch nicht zum Bestandteile des Vertrags, wenn zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner die Herstellung der sofortigen Vollstreckbarkeit bedungen wird. Sie ist daher unwirksam, wenn sie von dem Minderjährigen ohne die vorhergehende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgegeben ist. § 111 BGB. Das Ersuchen um entsprechende Vernehmung des Minderjährigen ist abzulehnen. b) KGJ. **46** A 51 ff. (KG.). Die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718 BGB. ist keine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern ein einseitiges Geschäft, das überhaupt nicht einem anderen gegenüber erklärt zu werden braucht. Es bedarf nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Wohl aber bedarf das vertragliche Schuldversprechen (§§ 780, 781) des minderjährigen Erzeugers, eine wiederkehrende Unterhaltsrente zu zahlen, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. ➡ In dem vom RG. zu a entschiedenen Falle war nicht ersichtlich, daß die vom ersuchten Gericht abgelehnte Rechtshilfe lediglich die Beurkundung eines einfachen Versprechens der Unterhaltsleistung ohne sofortige Vollstreckbarkeit bezweckte, das sich mit der entsprechenden Erklärung des Vormundes zu einem nach § 108 genehmigungsfähigen Vertrage zusammenschließen konnte. ⬅ Vgl. hierzu Josef, Rechtshilfe durch Vernehmung minderjähriger Erzeuger, HessRspr. **14** 197. c) NaumburgAK. **14** 28 (Dresden). Da für § 794 Ziff. 5 die einseitige, gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung des Schuldners genügt, so hat der Gerichtsschreiber bei Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht zu prüfen, ob das Abkommen über den Unterhalt vormundschaftsgerichtlich genehmigt ist.

2. FrankfRundsch. **47** 291 (LG. Wiesbaden). § 794 Ziff. 5 hat einen gegenwärtigen Anspruch zur Voraussetzung.

3. Buhe, Errichtung mehrerer vollstreckbarer Urkunden über einen Anspruch, GruchotsBeitr. **58** 369 ff., bestreitet gegen KGJ. **42** A 261 ff., daß eine spätere abändernde Urkunde die Vollstreckbarkeit einer früheren bestimmen und begrenzen und mit ihr zusammen einen vollstreckbaren Titel bilden könne. Der spätere Titel könne immer nur materielle Einwendungen im Sinne des § 767 ZPO. begründen. Alles für die Vollstreckung Erforderliche müsse sich aus der Urkunde selbst ergeben. Der Inhalt früherer Urkunden dürfe nur verwendet werden, wenn sie gemäß § 176 Abs. 2 FGG. zur Anlage gemacht worden seien, nicht schon, wenn der Schuldner lediglich auf sie Bezug genommen habe. — Vgl. ferner 374 ff. Formelles Erfordernis des § 794 Ziff. 5 ist das Versprechen einer bestimmten Geldsumme. Es genügt daher nicht die bloße Angabe der Fälligkeit der Hypothek oder die Angabe der Änderungen von Kündigungs- und Zahlungsbedingungen mit dem Vermerk am Schlusse: Ich unterwerfe mich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in der Weise, daß sie gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig sein soll. — Vgl. auch wegen notarieller Abänderungsurkunden Dittrich, BayRpflZ. **14** 322.

4. KGBl. **14** 72 (LG. I Berlin). Die Zustellung einer vollstreckbaren Urkunde an einen im deutschen Schutzgebiete wohnhaften Schuldner hat unter entsprechender Anwendung der §§ 199 ff. ZPO. durch den Vorsitzenden des Gerichts oder den Amtsrichter zu erfolgen, der zuständig sein würde, wenn der Gläubiger den Anspruch klageweise geltend machen würde.

5. Die Frage, ob § 3 Bek. vom 7. August 1914 die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus anderen Vollstreckungstiteln als Urteilen gestattet, bejaht LeipzZ. **14** 1815, R. **14** Nr. 740 (Dresden); verneint Voß, R. **14** 746.

§§ 795 a, 798. BuschsZ. **44** 269 (LG. Braunschweig). Es ist unzulässig, einen Festsetzungsbeschluß auf ein Urteil zu setzen (Kostenurteil), das mangels weiteren Inhalts der Vollstreckung nicht fähig ist. Die Schonfrist des § 798 darf nicht fortfallen.

§ 797. 1. KGJ. **46** A 18 (KG.). Gegen die Entscheidung, die das eine gerichtliche Urkunde verwahrende Gericht gemäß § 797 Abs. 1 u. 3 ZPO. über die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde trifft, findet nicht Beschwerde nach §§ 567 ff. ZPO. statt. Vielmehr bestimmen sich die Rechtsmittel nach den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtbarkeit der Entscheidungen, welche das Gericht in der Eigenschaft erläßt, in der es die Urkunde verwahrt. Befindet sich die Urkunde in den Grundakten, so trifft das AG. die Entscheidung als Grundbuchamt; es findet daher Beschwerde nach §§ 71 ff. GBO. statt.

2. Josef, BayNotZ. **51** 212. Die Prüfung, ob der Notar die Vollstreckungsklausel erteilen durfte, oder ob er von der Erteilung ausgeschlossen war, steht, da die Zwangseintragung ein Vollstreckungsakt ist, dem Grundbuchamt ebensowenig zu, wie einem anderen Vollstreckungsorgane. Der Schuldner hat die Ausschließung gemäß §§ 767, 797 Abs. 3, 5 geltend zu machen. Vgl. auch Josef, BuschsZ. **40** 314 ff.

3. Amelunxen, Vollstreckbare Urkundenausfertigung durch den zuständigen Notar in eigener Sache, DNotV. **14** 620 ff., hält die Ausfertigung für eine bedeutungslose, rein technische Amtshandlung, lediglich für den Ausfluß der Verwahrungsaufgabe und gestattet sie daher dem Notar in eigener Sache. § 6 FGG. (Art. 84 PrFGG., Note 15 BayFGG.) verbietet nur die Protokollerrichtung, nicht aber die protokollosen Amtshandlungen, zu denen auch die Urkundenverwahrung und die Ausfertigung gehören.

4. *Mendel aaO. 339. Zur Bewilligung der öffentlichen Zustellung einer vollstreckbaren Urkunde ist das im § 797 Abs. 5 erwähnte Gericht — und zwar AG. oder LG. — zuständig. Eine Nachprüfung der Klausel bei dieser Gelegenheit ist unzulässig.

5. Rechtsmittel bei verweigerter Erfüllung einer vollstreckbaren Ausfertigung seitens des Notars. **a)** SeuffA. **69** 302 (Cassel). Die Frage, welches Rechtsmittel gegeben ist, wenn ein Notar die Erteilung der Vollstreckungsklausel verweigert, ist in der ZPO. nicht geregelt. Maßgebend ist die landesgesetzliche Regelung des Notariatswesens. Art. 51 Abs. 2 PrFGG. (ebenso Art. 74 BayNotG.) ist auch auf vollstreckbare Ausfertigungen anzuwenden, es entscheidet also das LG. in erster Instanz. Vgl. KGJ. **33** A 3, **42** 4, **44** 13 (KG.). **b)** *Mendel aaO. 289—339. Gegen den die Erteilung der Klausel weigernden Notar gibt es neben der Klage aus § 731 ZPO. in Preußen nur Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei der Zivilkammer des LG. gemäß Art. 51 Abs. 2 PrFGG. Das Rechtsmittel gegen diese Entscheidung ist die erste, nicht die weitere Beschwerde und zwar an das übergeordnete OLG. **c)** RheinA. **111** I 111 (Düsseldorf). Die Entscheidung des LG. wegen verweigerter Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist, wenngleich keine Beschwerde, da der Notar zum Gerichte nicht im Instanzenzuge steht, doch ein gleichwertiges Rechtsmittel und kein Machtspruch, bei dem das Gericht sich über die gesetzlichen Voraussetzungen des § 727 hinwegsetzen könnte. Sie bezweckt Nachprüfung der Weigerung des Notars auf seine Gesetzmäßigkeit. **d)** BayObLG. **14** 546 (BayObLG.). Gegen die Entscheidung des LG. über die Weigerung eines Notars, dem Beteiligten die vollstreckbare Ausfertigung einer notariellen Urkunde zu erteilen (Art. 44 Abs. 1 BayNotG.), findet das Rechtsmittel der Beschwerde zum ObLG. statt (Art. 60 Abs. 1). Das LG. ist nicht befugt, seine Entscheidung nach Einlegung der Beschwerde abzuändern.

6. Dittrich, Einiges über Vollstreckungsklauseln der Notare, BayRpflZ. **14** 321 ff., weist darauf hin, daß die Notare häufig von dem in §§ 725, 727 vorgeschriebenen Wortlaut abweichen, ferner gegen § 726 häufig verstoßen und im Falle des § 727 überflüssigerweise vielfach den gesamten Inhalt der vorgelegten Urkunde wiedergeben, um die im § 750 Abs. 2 vorgeschriebene Zustellung zu er-

sparen. Anstatt den entsprechenden § 742 zu beachten, werde der Gläubiger nicht selten auf die Klage auf Duldung verwiesen.

7. Bauchwitz, Die Rechtsbehelfe des Hypothekenschuldners im Kriege, der sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, JW. **14** 1111 f., legt § 1 Abs. 3 Bek. v. 18. 8. 14 in Verbindung mit § 2 Bek. v. 7. 8. 14 über die Bewilligung von Zahlungsfristen dahin aus: Der Schuldner kann den Hypothekengläubiger unter Anerkennung der Forderung und der eingetretenen Fälligkeit vor das nach § 797 Abs. 3 zuständige AG. laden mit dem Antrage, die Fälligkeit des Hypothekenkapitals als nicht eingetreten zu erklären. Rechtfertigt das sachliche Vorbringen des Schuldners diesen Antrag, so gibt der Richter dem Antrage durch Urteil statt, sei es, daß der Gläubiger nicht erscheint, sei es, daß er zwar erscheint, aber keinen oder den Antrag auf Abweisung dieses Antrags stellt. Beantragt der Gläubiger das Anerkenntnisurteil, so müßte die Entscheidung auf Klagabweisung schlechthin ergehen.

§ 798. **RG. 83** 336 ff., JW. **14** 254 Nr. 16. Die Vorschrift enthält unverzichtbares öffentliches Recht. Vgl. **RG. 6** 388, **8** 429, **20** 433, **25** 368. (Der Gerichtsvollzieher hatte mit Zustimmung des Schuldners vor Ablauf der Frist gepfändet. Ein zweiter Gläubiger pfändete und erlangte Auszahlung des Erlöses. Kläger hielt sich wegen des Ausfalls mit Erfolg an den Staat.)

§ 800. Buhe, Errichtung mehrerer vollstreckbarer Urkunden über einen Anspruch, GruchotsBeitr. **58** 377 ff. — KGJ. **42** 261 ff., hält bei nachträglicher Änderung der vollstreckbaren Urkunde eine besondere Eintragung dahin, daß auch hinsichtlich dieser geänderten Bedingungen die sofortige Zwangsvollstreckung zulässig sein sollte, nicht für erforderlich. Dem tritt Buhe aaO. entgegen, da ein Vermerk, der für die Urkunde a gemacht sei, nicht auch für die Urkunde b gelten könne. Das KG. hat in der Entsch. v. 25. 9. 13 (OLG. **29** 205) an seiner früheren Entsch. nicht schlechthin festgehalten, sondern im Anschluß an die spätere Entsch. v. 1. 8. 07 (DJZ. **08** 303) und **RG. 72** 22 ausgeführt, daß jedenfalls dann eine neue Eintragung erforderlich sei, wenn es sich um eine Erweiterung der Grundstückshaftung handle. (Die Entsch. KGJ. **42** betraf lediglich die Abänderung von Zahlungsbedingungen.)

§ 801. **a**) R. **14** Nr. 109 (München). Mangels eines Prozeßgerichts ist gegenüber landesrechtlichen Titeln die Vollstreckungsgegenklage im allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners zu erheben. **b**) Über Rechtshilfefragen bei der Entstehung und Vollstreckung landesgesetzlicher Titel einer Berufsvormundschaftsbehörde (HambG. v. 1. 5. 10) vgl. Tomforde, ZBlVormWes. **14** 100.

§ 802. SächsOLG. **35** 97 (Dresden). Ist das Vollstreckungsverfahren kein einheitliches, so bestimmt sich die Zuständigkeit je nach dem einzelnen Akte, hinsichtlich dessen das Vollstreckungsgericht mitzuwirken hat. Dies gilt an sich auch, wenn der Schuldner während des Verfahrens den Wohnsitz gewechselt hat (z. B. Antrag aus §§ 825, 835 ZPO. — vgl. **RG. 35** 374 ff. und **61** 330 ff.). Anders bei dem einheitlichen Verfahren der Pfändung von gewöhnlichen Forderungen und von Rechten aus §§ 829, 857 ZPO. Hier bleibt die einmal begründete Zuständigkeit ohne Rücksicht auf die Verlegung des Wohnsitzes, insbesondere für die Anordnung aus § 844.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 803. Abs. 2. OLG. **29** 208 (München). Die Vorschrift des § 803 nicht zu beziehen auf ein wertloses Grundstück (vgl. die Bestimmungen des ZVG. über das Mindestgebot). Ebenso SeuffA. **69** 43, ZBlFG. **14** 683 (Königsberg).

§ 805. BuschsZ. **44** 274 (Dresden). Die Hinterlegung des Erlöses stellt diesen ausschließlich zur Verfügung einerseits des Gläubigers, andererseits des Vorzugs-

berechtigten. Zur Erhebung bedarf jeder von diesen beiden nur der Bewilligung des anderen oder der Entscheidung gegen ihn. Der Bewilligung durch den Schuldner bedarf es nicht. **b)** BuschsZ. **44** 276 (Dresden). Die Passivlegitimation des Gläubigers gegenüber dem Anspruch aus § 805 endigt, sobald sein Vollstreckungsrecht endigt. (Der Gläubiger hatte in erster Instanz zwar das Vorzugsrecht bestritten, dann aber keinen Anspruch mehr auf die Hinterlegungsmasse erhoben, weil er in der Hauptsache befriedigt war und auf den Kostenanspruch verzichtet hatte.)

§ 807. 1. Voraussetzungen. **a)** Berthold, Zur Auslegung des § 807, DJZ. **14** 107 f. Bei Pfändung von Forderungen ist dem § 807 Genüge geschehen, wenn dargetan wird, daß der Gläubiger nicht sofort dadurch seine Befriedigung finden kann. Auf die spätere Fälligkeit z. B. von Mietforderungen kommt es nicht an. **b)** KGBl. **14** 44 (KG.) verneint eine alsbaldige Befriedigung im Sinne des § 807, wenn der Gläubiger eine Forderung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils hat pfänden lassen und der Drittschuldner gezahlt hat. Darin liege nur eine vorläufige Regelung des Streitverhältnisses. (Dagegen aaO. der Herausgeber. § 803 sei verletzt, der Gläubiger müsse, bevor er mit weiteren Vollstreckungsmaßregeln vorgehe, auf die Rechte aus der Forderung verzichten.)

2. Beschränkter Offenbarungseid. R. **14** Nr. 237 (Stuttgart). Der Erbe, der nur beschränkt haftet, hat einen auf den Nachlaß beschränkten Offenbarungseid zu leisten.

3. Zuständigkeit. BauersZ. **14** 61. Für die Leistung des Offenbarungseids einer GmbH. ist das Gericht des Gesellschaftssitzes, nicht des Wohnorts des Geschäftsführers zuständig. (Das im § 915 vorgeschriebene Schuldnerverzeichnis hat nur Wert, wenn es dort geführt wird, wo das Einsicht suchende Publikum es erwarten darf, d. h. beim Gerichte des Sitzes der Gesellschaft.) Vgl. § 899.

4. Offenbarungseid des gesetzlichen Vertreters. Ernst Jäger, LeipzZ. **14** 1651. Der Eideszwang des § 901 ZPO. trifft den gesetzlichen Vertreter, dem zur Zeit der Eidesleistung die Vermögensverwaltung obliegt. Beim Vertreterwechsel löst der neue Vertreter den alten in der Schwurpflicht ab. Dies gilt auch für den Offenbarungseid des § 125 KO., der nur ein besonderer Fall des § 807 ist. Vgl. BauersZ. **14** 50.

5. Öffentlichkeit. Hein, DJZ. **14** 370. Da die Abnahme des Offenbarungseids nicht unter § 170 GVG. (Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte) fällt, so ist das Verfahren nicht öffentlich.

6. Ärztliche Schweigepflicht und Offenbarungseid. Schubert, DJZ. **14** 822, verneint die Verpflichtung eines Spezialarztes für Haut- und Geschlechtskrankheiten, seine Außenstände bei der Leistung des Offenbarungseids anzugeben. Die Schweigepflicht des § 300 StGB. gehe als höhere Pflicht der Offenbarungspflicht vor. Dagegen Gumbinner aaO. 990. § 300 gelte für alle Ärzte, die doch auch ihre Forderungen einklagen und abtreten könnten.

7. HansGZ. **14** Beibl. 49 (Hamburg) verneint, daß wegen Forderungen preußischer Gerichtskassen in Hamburg der Offenbarungseid verlangt und auf Haft erkannt werden könne, weil das HambG. betreffend das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege im § 17 weder auf die allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung, noch auf den § 807 insbesondere verweise. (Anders § 21 PrVO. vom 15. November 1899.)

8. Kriegsrecht. Güthe, GruchotsBeitr. **59** 34, 62, hält zwar nicht den § 2, wohl aber den § 3 Bek. vom 7. August 1914 auf das Offenbarungseidsverfahren für anwendbar (vgl. Unger, R. **14** 680). Dagegen erhebt Hirsch, JW. **14** 1004, Bedenken. Regelmäßig sei das Interesse des Gläubigers das schutzwürdigere. Die Lage des Schuldners werde nicht verschlechtert, zumal schon die Anordnung der Haft die Eintragung in die Manifestantenliste bedinge.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

Literatur: Altenberg, Der Eigentumserwerb an im Wege der Zwangsvollstreckung veräußerten Pfandstücken bei Belassung derselben im Gewahrsame des Schuldners, KGBl. 14 136 ff. — Meyer, KGBl. 15 35. — Campe, Die Ausführungs- und Einführungsbestimmungen zur preußischen Hinterlegungsordnung, DJZ. 14 348 ff. — Leander, Die neue preußische Gerichtsvollzieherordnung, DJZ. 14 624. — Richard Meyer, Zwangsvollstreckung in Leihmöbel durch den Eigentümer, KGBl. 14 146. — Püschel, Die Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen durch den Abzahlungsverkäufer und ihre Wirkungen, LeipzZ. 14 1785 ff. — Römer, Über den Besitz des Gerichtsvollziehers an den Pfandstücken, WürttRpflZ. 14 158.

§ 808. 1. Römer aaO., WürttRpflZ. **14** 158, bezeichnet den Gerichtvollzieher als unmittelbaren Besitzer der im Gewahrsame des Schuldners belassenen Sachen, da er „offenkundigen" Besitz hat. Die Offenkundigkeit liege in dem Anbringen der Pfandmarke usw. Der Schuldner sei unmittelbarer Mitbesitzer, der Gläubiger mittelbarer Besitzer. Folge: Der Gerichtsvollzieher könne sich der Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht mit Gewalt erwehren und die Sache dem anderen mit Gewalt nach § 858 BGB. abnehmen (wenn z. B. ein Dritter Besitz am Grundstücke mit den Pfandstücken erlangt hat).

2. JurBl. **14** 211 f. (ÖstOGH.). Eine auf den Inhaber lautende Lebensversicherungspolice ist wegen ihres selbständigen Vermögenswerts als bewegliche Sache anzusehen, die der Fahrnispfändung unterliegt. Befindet sie sich in den Händen eines Dritten, so ist der Anspruch auf Herausgabe pfändbar.

3. Kraemer 17/18 (siehe zu § 739) hält die Vorschrift des § 58 Abs. 2 GeschAnw. für GerVollz. (Fassung vom 24. 3. 14, JMBl. 343), daß die Pfändung gegen den Ehemann oder Testamentsvollstrecker, der zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist, auch dann zulässig ist, wenn sich die Sache in seinem Gewahrsame befindet, für praktisch, aber theoretisch bedenklich, weil das Recht des Gewahrsamsinhabers im § 809 selbständig geschützt sei. ➛ Der Verurteilte kann aber im gegebenen Falle nicht als Dritter im Sinne des § 809 angesehen werden. ⬸

4. Zur Frage der Pfändung von Leihmöbeln (vgl. JDR. **12** zu § 808 Ziff. 1, § 857 I). a) Meyer aaO., KGBl. **14** 146, bekämpft die Praxis des AG. Berlin-Mitte und des LG. I Berlin, die im wesentlichen von folgenden Grundsätzen ausgehe: 1. Lasse der Eigentümer von Leihmöbeln solche pfänden und versteigern, so liege darin ein Verzicht auf sein Eigentum, wenigstens unter Umständen. 2. Dadurch, daß der Eigentümer von Leihmöbeln diese pfänden und versteigern ließe, trete er vom Leihmöbelvertrage zurück. 3. Nach § 5 AbzG. sei in der Pfändung bzw. Versteigerung der Sachen ein Rücktritt vom Vertrage zu erblicken. Hierzu bemerkt Meyer: Zu 1. Unter keinen Umständen könne man annehmen, daß bereits bei der Pfändung ein Verzicht auf das Eigentum vorliege, höchstens erst bei der Versteigerung. Aber auch da sei ein Verzicht zugunsten des Käufers niemals anzunehmen, vielmehr lediglich eine Preisgabe der Sachen zur Versteigerung für die Allgemeinheit. Zu 2 und 3. Der Gläubiger übe lediglich auf Grund seines vollstreckbaren Schuldtitels einen Zwangsvollstreckungsakt aus, dagegen erfolge keine Ansichnahme auf Grund des vorbehaltenen Eigentums im Sinne des § 5 aaO. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Pfändung durch den Gläubiger eine andere Bedeutung haben solle, als durch einen Zessionar, dem die fälligen Kaufpreisraten abgetreten seien (vgl. **RG. 79** 241 ff.). **b)** PosMSchr. **14** 69 (LG. Gnesen). Nach Erhebung der Klage auf den vollen noch rückständigen Kaufpreis und noch mehr nach der Zwangsvollstreckung in einen Teil der verkauften Sachen ist der Kläger nicht mehr in der Lage, den Rücktritt vom Vertrage mit rechtlicher Wirksamkeit zu erklären. Sein Anspruch auf Herausgabe der noch im Besitze des Beklagten befindlichen Sachen wurde daher für unbegründet erachtet. **c)** Püschel aaO., LeipzZ. **14** 1745 ff., vertritt einen im wesentlichen den Ausführungen zu a entgegengesetzten Standpunkt.

Das G. vom 16. Mai 1894 läßt die Frage, ob der Abzahlungsverkäufer die unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen wegen rückständiger Raten beim Käufer pfänden und versteigern lassen darf, offen. — Aus dem Zusammenhange des § 455 läßt sich entnehmen, daß der Eigentumsvorbehalt nicht das obligatorische Rechtsgeschäft an sich bedingt, sondern nur den dinglichen Übereignungsakt, und daß der Vorbehalt lediglich zugunsten des Verkäufers vereinbart ist. Von seinem Willen hängt es daher ab, ob er von dem Vorbehalte Gebrauch machen oder darauf verzichten will. In der Pfändung liegt der Verzicht, der nur der Kundgabe an den Käufer, nicht der Annahme durch ihn bedarf. Denn der Verkäufer will ein gültiges Pfandrecht an der Sache erlangen. Das kann er aber nur erreichen, wenn die Sachen bei oder nach der Pfändung Eigentum des Käufers geworden sind. Jedoch liegt in der Pfändung nicht eine Ansichnahme der Sachen, nicht eine Ausübung des Rücktrittsrechts. Der Verkäufer verliert aber den Anspruch auf den Restkaufpreis, weil er durch sein Verhalten einen Zustand herbeigeführt hat, der es dem Käufer unmöglich macht, die Sachen weiter in seinem Interesse zu verwerten. Der Käufer kann die Zahlung unter Berufung auf § 325 BGB. verweigern (vgl. dagegen **RG. 66** 349).

§ 810. Zur Frage, ob die Ausdehnung der im § 810 ZPO. enthaltenen Singularität auf das Verhältnis zwischen Verpächter und Pächter zulässig ist, vgl. Hinsberg, Über den Umfang des Verpächterpfandrechts, GruchotsBeitr. **58** 633.

§ 811. I. Allgemeines. 1. KGBl. **14** 97 (LG. I Berlin). Der Verzicht auf die Pfändungsbeschränkungen aus § 811 Ziff. 1 und 5 ist unwirksam. Ebenso ElsLothJZ. **14** 239 (Colmar), wo auch eine Entbehrlichkeit der Sachen nicht darin gefunden wurde, daß der Schuldner die Sachen durch Sicherungsübereignung veräußert hatte. Vgl. JDR. **12** zu § 811 I 2.

2. Maßgebender Zeitpunkt für die Unpfändbarkeit ist in der Regel die Pfändung. OLG. **29** 210 (Posen). Das hindert aber nicht, daß unter besonderen Umständen solchen Vereinbarungen Rechnung zu tragen ist, die in der Folgezeit eingetreten sind und noch zur Zeit des Erlasses der beantragten Entscheidung bestehen. (Schuldner hatte am 4. Juni das Fleischereigewerbe abgemeldet, seine Ehefrau am 5. Juni angemeldet.)

II. Einzelne Fälle. 1. Ziff. 1. KGBl. **14** 8 (LG. I Berlin). Die Uhrkette ist pfändbar, die einzige goldene Uhr dagegen unpfändbar, trotz Angebots von Ersatzstücken. — Über die Frage, ob die Unentbehrlichkeit dadurch beseitigt werden kann, daß der Gläubiger dem Schuldner eine minderwertige Sache oder den Geldbetrag zur Verfügung stellt, vgl. Schloßmann, DJZ. **13** 1439, JDR. **12** zu § 811 II Nr. 1, der die Frage bejaht. Gegen ihn wendet sich Wäsch, JW. **14** 739. Auf den Wert der unentbehrlichen Sache komme es nicht an. Das Gesetz gebe dem Gläubiger kein Recht, die Unpfändbarkeit auf irgendeine Weise aufzuheben. Abänderungsvorschläge seien bei der Beratung der Novelle im Jahre 1898 verworfen und nur das Wort Waffe eingefügt worden. ➝ Der Berichterstatter hat in einer Entsch. des AG. Berlin-Schöneberg den Standpunkt vertreten, daß Luxusgegenstände überhaupt keine unentbehrlichen Sachen seien, und dem hat sich das LG. II Berlin angeschlossen. Man denke an den Fall, daß der Schuldner eine kostbare Glashütteruhr im Werte von 1500 M. besitzt und der Gläubiger, ein bedürftiger Mann, nicht in der Lage sein sollte, eine Forderung von 10 M. beizutreiben. Dies Ergebnis wäre unbefriedigend und entspricht nicht den Zwecken des Gesetzes. ←

2. Ziff. 1, 5. **a)** BuschsZ. **44** 139 (LG. Karlsruhe). Dem Schuldner soll der Besitz der unentbehrlichen Gebrauchsgegenstände gewahrt werden. Die Pfändbarkeit der nach § 811 Ziff. 1 und 5 unentbehrlichen Gegenstände kann nicht durch den Eigentumsvorbehalt des pfändenden Gläubigers begründet werden. **b)** BuschsZ. **44** 139 (LG. Karlsruhe). Unentbehrlichkeit liegt nicht vor, wenn außer den unent-

behrlichen Gegenständen zur Zeit der Pfändung noch andere gleichartige vorhanden sind, sollten sie dem Schuldner auch nicht gehören.

3. Ziff. 4, 5. OLG. **29** 211, MecklZ. **32** 194 (Rostock). Schweine eines Ackerbürgers für pfändbar erklärt, da die Grundstücke des Schuldners keinen selbständigen Betrieb darstellten, die Schweine auch nicht für den Betrieb erforderlich waren.

4. Ziff. 5. a) OLG. **29** 211 (Frankfurt). Nicht unter Ziff. 5 fallen Händler mit Molkereiprodukten. Bei ihnen ist der kaufmännische Warenbetrieb die Hauptsache, die persönlichen Leistungen treten zurück. **b)** OLG. **29** 211 (KG.) verneint die Bedeutung der persönlichen Arbeit bei dem Besitzer eines mit Motor betriebenen Karussels. Ebenso bei einer elektrischen Schiffsschaukel HessRspr. **15** 6 (LG. Gießen). **c)** Die Unentbehrlichkeit einer Schreibmaschine, eines Vervielfältigungsapparats und Zeichenapparats bejaht für den Inhaber eines Patentbüros von OLG. **29** 212 (Kiel). **d)** Fahrrad für einen Maschinenhändler, der zugleich das Mechanikergewerbe betreibt, um die Kunden zu besuchen, unentbehrlich nach OLG. **29** 213, SeuffA. **69** 338 (München). Dagegen die Unpfändbarkeit des Fahrrads verneint von AG. Berlin-Wedding, LG. III Berlin KG. (KGBl. **14** 37) bei einem Arbeiter, der es benutzte, um zur Arbeitsstelle zu gelangen. Dies sei ebensowenig wie bei kaufmännischen Angestellten etwas für die Ausübung der gewerblichen oder handwerksmäßigen Tätigkeit Charakteristisches. **e)** SächsOLG. **35** 206, 207, LeipzZ. **14** 599 Nr. 6 (Dresden). Voraussetzung der Unpfändbarkeit bei Maschinen ist, daß die persönliche Tätigkeit des Schuldners gegenüber dem Betriebsmittel von überwiegender Bedeutung ist. Verneint für die Schiffchenstickmaschine eines Stickers, die die Arbeit im wesentlichen selbsttätig bewirkt; — bejaht für eine Nagelmaschine, Ausputzmaschine und drei Motoren des Inhabers einer Schnellbesohlanstalt, weil die persönliche Tätigkeit des Schuhmachers keine wirtschaftlich untergeordnete sei, ihr vielmehr im Verhältnisse zu den Maschinen die überwiegende Bedeutung zukomme. **f)** HessRspr. **14** 341 (LG. Gießen). Gleichgültig ist, daß ein Weißbindermeister zum Aufstellen und Abschlagen seines Gerüstes fremder Hilfe bedarf, da es nur darauf ankommt, daß er nach dem Aufstellen ohne fremde Hilfe das Verputzen und Anstreichen der Häuser vorzunehmen vermag. **g)** HessRspr. **15** 39 (LG. Darmstadt). Ziff. 5 ist anzuwenden auch auf Minderkaufleute und auf Gegenstände, die von den notwendigen Hilfskräften gebraucht werden, wenn mit dem Wegfalle der Hilfskraft auch die persönliche Tätigkeit des Schuldners vollständig ausscheiden muß. (Schuldnerin betrieb mit Pferd und Wagen Milchhandel, ihre Tochter fuhr die Milch nach der Stadt.) **h)** Rhein. ARV. **32** 37 (LG. Cöln) verlangt bei einer Zimmervermieterin, die an sich Anspruch auf den Schutz des § 811 Ziff. 5 habe, die Prüfung, ob das Gewerbe nach Wegnahme der Pfandsachen noch mit den verbleibenden Sachen nutzbringend betrieben werden könne, entscheidend sei nicht die tatsächliche Benutzung zur Zeit der Pfändung.

5. Ziff. 7 gilt nicht für Kutschwagen und Kutschgeschirr eines Landgeistlichen nach LGO. **14** 214 (Posen).

§ 814. Vgl. aus dem Kriegsrechte §§ 5 und 7 RGes. vom 4. August 1914 und Güthe aaO., GruchotsBeitr. **59** 44, LeipzZ. **14** 1867 (Dresden), Hachenberg, LeipzZ. **14** 1595. Zulässig die Pfändung, unzulässig die Versteigerung und anderweite Verwertung beweglicher körperlicher Sachen.

§§ 817, 825. Altenberg, KGBl. **14** 136 ff. über den Eigentumserwerb an im Wege der Zwangsvollstreckung veräußerten Pfandstücken bei Belassung derselben im Gewahrsame des Schuldners. Es ist im gegebenen Falle gleichgültig, ob die Veräußerung der Pfandstücke im Wege der öffentlichen Versteigerung oder des freihändigen Verkaufs gemäß § 825 erfolgt. Es macht jedoch einen Unterschied aus,

ob derjenige, der die Sachen ersteigert oder kauft, der Pfändungsgläubiger oder eine andere Person ist. — Der Vollstreckungsgläubiger ist Besitzer der gepfändeten Sache und erwirbt daher das Eigentum an der Pfandsache durch den Zuschlag bzw. durch die zwischen ihm und dem Gerichtsvollzieher erfolgende Einigung über den Übergang des Eigentums; einer besonderen Übergabe bedarf es nicht. Unrichtig ist die Ansicht, daß der mittelbare Besitz des Gläubigers an den Pfandstücken in dem Augenblick untergehe, wo sich der Gerichtsvollzieher mit ihm über den Eigentumsübergang einige und daher § 929 Satz 2 BGB. unanwendbar sei (wie KGBl. **14** 144 [LG. II Berlin] annimmt). Vielmehr geht das Pfandrecht erst mit dem Augenblicke des Eigentumserwerbes seitens des Gläubigers unter. Der Gläubiger hat keineswegs den Willen, schon mit der Einigung das ihm zustehende Pfandrecht aufzugeben, sondern beabsichtigt dies nur unter der Voraussetzung, daß er das Eigentum erwirbt. — Wenn dagegen ein Dritter den Zuschlag erhält oder die Sache von dem Gerichtsvollzieher kauft, so muß die Übergabe oder das Übergabesurrogat hinzutreten. Die Einigung erfolgt namens des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher. Die Vereinbarung eines Besitzkonstituts kann der Einigung nachfolgen (GruchotsBeitr. **49** 840). Dagegen Meyer, KGBl. **15** 35. Der Pfandbesitz des Gläubigers höre mit dem Zuschlag oder der anderweitigen Einigung auf. Die Vereinbarung des Besitzkonstituts könne nachfolgen, es müsse aber der Wille bestehen, hierdurch den Eigentumsübergang zu vollenden, nicht aber die Meinung, daß der Vermieter, Verleiher usw. bereits Eigentümer sei.

§ 825. a) KGBl. **14** 129 (LG. II Berlin). Für die Äußerung auf den Antrag des Schuldners betreffend anderweite Verwertung der Pfandstücke kann der Anwalt des Gläubigers eine besondere Gebühr aus § 23 Nr. 2 RAGebO. liquidieren; sie ist eine anders geartete und von der bisherigen Vollstreckungstätigkeit unabhängige, völlig neue Vollstreckungshandlung. **b)** OLG. **29** 216, R. **14** Nr. 887 (Hamburg). Wenn auch das Gesetz nicht ausdrücklich vorschreibt, daß vor dem Erlaß eines Beschlusses, der den freihändigen Verkauf der gepfändeten Sachen an Stelle der Versteigerung gestattet, der Schuldner gehört werden, so erscheint dies doch in der Regel geboten. (Im gegebenen Falle lag dazu um so mehr Anlaß vor, als die vom Gerichtsvollzieher vorgenommene Schätzung eine recht mäßige war und dieser Umstand auch nicht durch den Aufschlag von 5 pCt. gedeckt war, den der Übernehmer zu zahlen sich erboten hatte.)

§§ 826, 771. OLG. **29** 194 (KG.). Wird eine gemäß § 826 bewirkte Anschlußpfändung angefochten, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Erstpfändung erfolgte.

§§ 826, 803. HessRspr. **15** 67 (LG. Gießen). Eine Anschlußpfändung ist zulässig, auch wenn ungewiß ist, ob sich ein Überschuß für den zweiten Gläubiger ergibt. (Praktisch wegen des Druckes auf den ersten Gläubiger und der Möglichkeit, die Sache selbst zu erwerben.)

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

Literatur: Arndt, R. **14** 651. — Becker, Die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, JW. **15** 223 ff. — Bendix, JW. **14** 819. — Derselbe, Der Verzicht auf das Pfandrecht an der gepfändeten Forderung und der Drittschuldner. — Fabian und Simon, Über die Rechtsstellung des Drittschuldners, der trotz Forderungspfändung gutgläubig leistet, JW. **14** 451 ff. und 751. — Haußmann, Die Rechtsstellung der Banken bei Pfändungen von Guthaben der Bankkunden, BankA. **14** 320 ff. — Hartmann, Über die Rechtsgültigkeit der Beschlagnahme von Forderungen feindlicher Staaten, DJZ. **14** 1339. — Hüfner, Die Pfändbarkeit patentamtlicher Proben und Modelle, LeipzZ. **14** 625 ff. — Kaufmann, JW. **14** 859. — Georg Meyer, Pfändung und Sicherung von Lohn und Gehalt in Gegenwart und Zukunft. Reformvorschläge. 1914. — Kullmann, Pfändungsankündigung und Geschäftsaufsicht, JW. **15** 318. — Niemeyer, Die Pfändung künftiger Giroforderungen, LeipzZ. **14** 1109. — Stäcker, JW. **14** 919. — Vgl. zu §§ 850, 851.

§ 828. Gallinger, LeipzZ. **14** 1517, empfiehlt die Ausdehnung des § 36 Nr. 3 ZPO. (dessen Anwendung nach geltendem Rechte auf die Pfändung von Forderungen gegen mehrere Schuldner, insbesondere Miterben abgelehnt wird, **RG. 44** 418, OLG. **15** 9) durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift.

§ 829. Vgl. auch zu § 851. I. §§ 829, 803. **RG.** JW. **14** 1040 Nr. 7. Eine einheitliche Forderung ist grundsätzlich in voller Höhe zu pfänden.

II. Bestimmbarkeit als Voraussetzung der Pfändbarkeit. 1. LeipzZ. **14** 604, R. **14** Nr. 1890 (LG. München) bejaht grundsätzlich die Pfändbarkeit noch nicht bestimmter Forderungen, verneint aber die erforderliche Bestimmtheit, wenn lediglich die Forderung des Schuldners gegen den Gerichtsvollzieher auf Auszahlung etwaiger im Auftrage des Schuldners von dessen Schuldnern beigetriebener Beträge gepfändet worden ist. — Ebenso OLG. **14** 217 (München).

2. **RG.** R. **14** Nr. 1318, 1319. Genügende Bestimmtheit der gepfändeten zukünftigen Forderung wurde angenommen bei der Pfändung der angeblichen Forderung des Drittschuldners gegen einen Testamentsvollstrecker auf Zahlung der Zinsen desjenigen Kapitals, das im Falle der Veräußerung von Nachlaßgrundstücken nach dem Testamente des Erblassers auf die Schuldnerin entfällt, da der Rechtsgrund der Forderung und die Person des Drittschuldners unzweideutig angegeben seien. Dagegen wurde die Pfändung des Anspruchs des Schuldners auf Auszahlung des ihm zustehenden Anteils an den Nutzungen und Mieteinnahmen aus Grundstücken nicht erstreckt auf die Zinsen eines künftigen Kaufpreises der Grundstücke.

3. Pfändung künftiger Mietforderungen. **RG.** Gruchots Beitr. **58** 1099 ff., R. **14** Nr. 238, WarnE. **14** 142 vertritt (gegen KGBl. **13** 61 [KG. 21. Sen.]) eine weitere Auslegung der Mietpfändungsbeschlüsse. Daß die einzelnen Mieter aus den Pfändungsbeschlüssen nicht ohne weiteres ersehen konnten, wieviel Monatsraten gepfändet waren, berechtigt nicht, der Pfändung die Rechtswirksamkeit zu versagen. Keinerlei Ungewißheit bestand offenbar hinsichtlich derjenigen Raten, die zur Zeit der Pfändung schon fällig waren. Aber auch die weitergepfändeten zukünftigen Raten ließen sich sehr wohl feststellen. Es war die Gesamtmiete eines jeden folgenden Monats zu ermitteln und diese monatliche Gesamtmiete wurde solange von der Pfändung ergriffen, bis der Gesamtbetrag der gepfändeten Forderungen dem Betrage der klägerischen Forderung gleichkam. Auch neuere Entsch. des KG. vom 3. Januar, 3. Juni, 15. Juni und 26. Juni 1914 (8., 23. und 11 Sen.), KGBl **14** 37, 118, 119, die letztere unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Entsch. des **RG.** vom 6. November 1913, haben die engere Auffassung des 21. Sen. verworfen und für genügend erachtet, wenn bei der Pfändung von Mietforderungen das betreffende Hausgrundstück, die Namen der einzelnen Mieter und der Beginn der Zeit, für die Miete zu entrichten ist, angegeben wird. Die Angabe eines bestimmten Endzeitpunkts sei nicht erforderlich. Die monatlichen Gesamtmieten seien so lange von der Pfändung ergriffen worden, bis der Gesamtbetrag der gepfändeten Forderungen dem Betrage der klägerischen Forderung gleichgekommen.

4. Niemeyer, LeipzZ. **14** 1109, verneint die Zulässigkeit der Pfändung künftiger Giroforderungen auch vom Standpunkte des RG. aus, da die Voraussetzung der Bestimmbarkeit bei künftigen Eingängen auf dem Girokonto fehle. Der Girovertrag eröffne in bezug auf künftige Eingänge nur eine tatsächliche Möglichkeit, nicht aber eine zukünftige Forderung.

III. Die Rechtsstellung des Drittschuldners. 1. **RG.** WarnE. **14** 190. Das gerichtliche Zahlungsverbot an den Drittschuldner ist wesentlicher und unerläßlicher Inhalt des Pfändungsbeschlusses, anderenfalls entbehrt die Pfändung der Rechtswirksamkeit.

2. Über die rechtliche Bedeutung des Zahlungsverbots, wenn der Drittschuldner vor Zustellung desselben den geschuldeten Betrag unrechtmäßig gerichtlich hinterlegt

hat, vgl. AÖstGZ. **14** 87 (ÖstOGH.). (Die betreibende Partei muß, solange nicht durch Überweisung, mindestens durch Pfändung eine rechtliche Beziehung zwischen ihr und dem Pfandgegenstande hergestellt ist, dessen Entwicklungsphasen folgen und ihnen ihre Anträge anpassen.)

3. Josef, Das Pfändungspfandrecht an einer Forderung nach der Hinterlegung, R. **14** 426 (gegen ZBlFG. **14** 308 [Dresden] im Anschluß an **RG. 74** 108 und **49** 58). Da die Hinterlegung nach § 372 BGB. an der juristischen Natur und dem Inhalte des Schuldverhältnisses nichts ändert, so begründet die Pfändung der Forderung auch nach der Hinterlegung ein Pfandrecht an der dem Hinterleger gegen den Fiskus zustehenden Forderung.

4. Haußmann, BankA. **14** 320 ff. Erforderlich ist die Klarstellung des Gegenstandes der Pfändung. Unwirksam ist die Pfändung der Forderung des Schuldners an die Bank aus „Darlehen, Abrechnung oder einem anderen Rechtsgrunde"; zulässig die Pfändung des Guthabens (aus dem Kontokurrentverhältnisse). — Richtet sich die Pfändung gegen die Zentrale, so ist anzunehmen, daß nicht die Bank als solche, sondern nur die Zentrale betroffen werden solle. Im übrigen ist eine bestimmte Kasse oder es sind alle Kassen oder Filialen namhaft zu machen. — Das deutsche Recht muß den Einwand des Schuldners, er sei nach ausländischem Rechte verpflichtet, nach wie vor an den ursprünglichen Gläubiger zu zahlen, beachten, weil das deutsche Vollstreckungsgericht insoweit seinen Verboten keine praktische Wirksamkeit verleihen kann, als das ausländische Gesetz entgegensteht.

5. Über die Rechtsstellung des Drittschuldners, der trotz Forderungspfändung gutgläubig leistet, vgl. **a)** *Fabian, JW. **14** 451—457. Wenn eine Forderung gepfändet ist, wird der Drittschuldner durch Leistung an seinen Gläubiger auch dann nicht mehr frei, wenn er von der Pfändung nichts weiß (weil sie z. B. durch Ersatzzustellung geschah). — Die Pfändung wirkt seit Zustellung (§ 829 Abs. 3 ZPO.); den Umfang der Wirkung ergeben die §§ 1204—1296 BGB. Sollen trotz Entstehung des Pfandrechts seine Wirkungen beschränkt werden entsprechend den §§ 406 ff. BGB., worauf der § 1275 BGB. hinweist? Dagegen spricht: Wenn gerichtlich angeordnete Verfügungsbeschränkungen an Forderungen dem Verpflichteten zugestellt sind, darf er sich niemals darauf berufen, daß er sie nicht gekannt habe (vgl. **RG. 22** 410). Auch § 135 BGB. schützt nicht den Drittschuldner. Der § 407 Abs. 1 ist nicht anwendbar auf den § 135 Abs. 2 BGB., weil § 407 keine Vorschrift zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. Gegen die Anwendbarkeit spricht noch § 2129 BGB., dessen Abs. 2 Satz 1 sonst ganz überflüssig wäre. Für dies Ergebnis kommt es nur an auf die Pfändung (Veräußerungsverbot), nicht auf die Überweisung; also auch nicht darauf, ob an Zahlungs Statt oder zur Einziehung überwiesen ist. **b)** Dagegen *Veit Simon, JW. **14** 721. § 407 BGB. ist auch auf das Pfändungspfandrecht anwendbar. Für die Fälle, in denen das bürgerliche Recht für die Wirksamkeit einer Rechtsänderung gegenüber einer bestimmten Person deren Kenntnis erforderte, gibt es weder im bürgerlichen Rechte noch im Prozeßrecht einen Grundsatz, daß die Zustellung einer Erklärung oder einer Entscheidung, die die Rechtsänderung enthält, die Berücksichtigung der trotz der Zustellung vorhandenen Unkenntnis ausschließt, noch einen Grundsatz, daß sich niemand auf die Unkenntnis zugestellter gerichtlicher Verfügungsbeschränkungen an Forderungen berufen kann. Zu den Vorschriften des BGB. über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht, die gemäß § 804 Abs. 1 ZPO. grundsätzlich auch auf das Pfändungspfandrecht anwendbar sind, gehören daher auch die §§ 1275 und 407 BGB.

IV. Becker, Die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, JW. **15** 223 ff., verneint die Anwendbarkeit des § 168 ZPO. auf Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse, sowie auf Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen.

V. Beschlagnahme von Forderungen ausländischer

oder feindlicher Staaten. 1. *Weinmann, Klausurarbeitenpraktikum für das Assessorexamen (1914) 166, 173 ff. Der Richter hat den Antrag auf Erlaß eines Pfändungsbeschlusses, bei dem ein ausländischer Staat Drittschuldner ist, abzuweisen. Ein Verbot an einen solchen Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen, wäre in keinem Falle erzwingbar, auch im Inlande nicht, da der ausländische Staat nicht der inländischen Gerichtsbarkeit untersteht. Darüber hinaus wird man es aber auch als einen unzulässigen Eingriff in die Souveränitätsrechte der einzelnen Staaten bezeichnen müssen, wenn man derartige Verbote an sie richtet.

2. Bendix, JW. **14** 819, bezweifelt die Rechtsgültigkeit der Beschlagnahme und Einziehung von Forderungen feindlicher Staaten, wie sie z. B. durch Verfügung des Oberbefehlshabers der Marken vom 3. August 1914 erfolgt ist, weil es sich um eine Maßnahme der richterlichen, nicht der vollziehenden Gewalt handle (vgl. Art. 68 RVer. in Verbindung mit § 4 Abs. 1 G. vom 4. Juni 1851, wonach die vollziehende Gewalt mit der Bekanntmachung der Erklärung des Kriegszustandes an den Militärbefehlshaber übergeht und die Zivilverwaltungs- und Gemeindebehörden den Anordnungen und Aufträgen der Militärbefehlshaber Folge zu leisten haben). Dagegen Kaufmann, JW. **14** 859: es handle sich nicht um eine richterliche Tätigkeit, nicht um eine zivilprozessuale Zwangsvollstreckung, sondern um die Ausübung eines Hoheitsrechts im eigentlichsten Sinne. Das Beschlagnahmerecht sei nach Art. 53 HaagOrdn. der Gesetze und Gebräuche des Landkriegs bei Besetzung feindlichen Gebiets ausdrücklich anerkannt. Die Guthaben ausländischer Staaten seien im Frieden wie im Kriege der Einwirkung der ordentlichen Gerichte entzogen und nur den Verfügungen von hoher Hand unterworfen. Ebenso Stäcker aaO. 949, der die entsprechende Anwendung des Gesetzes vom 15. November 1899 für zulässig hält; Vollstreckungsbehörde sei der Oberfehlshaber der Marken. Vgl. auch Arndt, R. **14** 651 und Hartmann, DJZ. **14** 1339 ff., der aber den Einziehungsbeschluß des Oberbefehlshabers der Marken nicht für einen Akt der vollziehenden Gewalt, sondern für einen rein militärischen ansieht; seine Rechtsgültigkeit bestimme sich nicht nach Verwaltungs-, sondern Völkerrecht, besonders nach Kriegsrecht.

§§ 830, 886. 1. LeipzZ. **14** 1060 Nr. 8 (Frankfurt a. M.). Auch im Arrestverfahren ist der Antrag auf Überweisung des Anspruchs auf Herausgabe eines Hypothekenbriefs insoweit zulässig, als dies zur Sicherstellung dient; andernfalls wäre die Pfändung der Hypothekenforderung unmöglich.

2. Lazarus, Die Pfändung und Überweisung von Hypotheken und Grundschulden. Ein Handbuch mit Formularen für den praktischen Gebrauch (Berlin 1914). Aus den theoretischen Erörterungen ist hervorzugeben: a) Übersteigt die Hypothek den Betrag der beizutreibenden Forderung, so ist es dem Gläubiger unverwehrt, trotzdem die ganze Hypothek zu pfänden. Durch diese im Betrage des Gepfändeten unbeschränkte Pfändung, sog. Vollpfändung, wird für den pfändenden Gläubiger ein Pfandrecht an der ganzen Forderung begründet, auch an dem den Anspruch des Pfändungsgläubigers übersteigenden Bruchteile. Der Gläubiger kann demgemäß jeden beliebigen Teil der Forderung zum Gegenstande seines Zugriffs machen, und es steht ihm ohne weiteres das Recht auf vorzugsweise Befriedigung vor dem Schuldner oder einem dieselbe Forderung später pfändenden Gläubiger zu. — Bei der Teilpfändung dagegen bleiben die nicht gepfändeten Bruchteile dem Zugriffe des Schuldners oder nachpfändender Gläubiger offen, so daß z. B. im Konkurse des Drittschuldners die Pfändung nur einen unvollkommenen Erfolg haben kann. Der Wortlaut des preußischen Formulars „auf Höhe umstehender (der erwähnten) Beträge" ergibt nur die Pfändung eines Bruchteils. Es empfiehlt sich für den Gläubiger, ausdrücklich die Vollpfändung zu verlangen (13). b) Die

Klage auf Herausgabe des Hypothekenbriefs ist nicht gegen das Grundbuchamt, sondern gegen den Justizfiskus zu richten, vertreten durch die Staatsanwaltschaft bei demjenigen OLG., in dessen Bezirk die am Streit beteiligte Justizbehörde ihren Sitz hat. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß wird daher auch nicht dem Grundbuchamte, sondern der den Justizfiskus vertretenden Behörde zugestellt werden müssen (vgl. KGJ. **40** A 322) (17). c) Die Wirksamkeit der Pfändung ist dem Grundbuchrichter gegenüber nicht von dem Nachweise der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses abhängig. Das folgt aus § 830 Abs. 2, der der Zustellung des Pfändungsbeschlusses vor der Eintragung der Pfändung besondere Wirkung verleiht; daraus geht hervor, daß die Eintragung der Pfändung umgekehrt auch vor Zustellung des Beschlusses zulässig ist (25). d) Der Gläubiger muß sein Verlangen, daß ihm der gepfändete Teil mit dem Vorrechte überwiesen werde, dem Vollstreckungsrichter gegenüber zum Ausdruck bringen. Der Vorrang ist im Pfändungs- und Überweisungsbeschlusse zu erwähnen (29). e) Ist die Forderung, zu deren Sicherung eine Grundschuld bestellt wurde, nicht zur Entstehung gelangt, so geht der Anspruch des Eigentümers auf Verzichtleistung oder Rückübertragung. Es ist zweckmäßig die Pfändung des Anspruchs auf Verzichtleistung und die Pfändung der Grundschuld in einem Pfändungs- und Überweisungsbeschlusse zu verbinden (33, 34). f) Über die Pfändung der Eigentümerhypothek vgl. 34 ff., über Pfändung einer noch nicht auf den Namen des berechtigten Gläubigers eingetragenen Hypothek insbesondere des Berichtigungsanspruchs 39 ff., 42 ff. — Sicherung des Pfändungsgläubigers nach Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs durch Eintragung des Widerspruchs auf Grund des Pfändungsbeschlusses im Wege der einstweiligen Verfügung 45. — Die Pfändung einer Eigentümerteilbriefgrundschuld 47 — einer künftigen Hypothek, insbesondere einer künftigen Eigentümergrundschuld 49. — Die Pfändung einer Höchstbetragshypothek 52 — der Eigentümergrundschuld bei Höchstbetragshypotheken 53 ff. — einer Sicherungshypothek aus § 648 BGB. 58 — einer Sicherungshypothek aus § 1287 BGB. 59. — Die Pfändung einer zur Teilungsmasse gehörenden Hypothek bei Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks 60 ff. (Drittschuldner nicht der Ersteher oder der Vollstreckungsrichter bzw. die Hinterlegungsstelle, sondern der Eigentümer, dem zurzeit des Zuschlags das Grundstück gehört. Diesem ist das Zahlungsverbot als Drittschuldner zuzustellen, vgl. **RG. 43** 427, **64** 216, **70** 279, **75** 316, J a e c k e l - G ü t h e § 107 Anm. 6 ff.). — Die mehrfache Pfändung einer Hypothek 66 ff. (Verneint wird die Möglichkeit einer Anschlußpfändung gemäß § 826 ZPO., da der Brief nicht als bewegliche Sache nach § 808 gepfändet, sondern nach § 883 weggenommen wird. Dagegen kann der Anspruch des Schuldners gegen den ersten Pfändungsgläubiger auf Herausgabe des Briefes nach erfolgter Befriedigung und auf den etwaigen Überschuß im Falle der Hinterlegung oder Zahlung seitens des Drittschuldners gepfändet werden. — Möglich ist die Pfändung für mehrere Gläubiger, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief für die mehreren Gläubiger gleichzeitig wegnimmt, also eine Übergabe an den ersten Pfändungsgläubiger noch nicht erfolgt war. Die Pfändungsrechte entstehen gleichzeitig und mit gleichem Range. — Im übrigen geht, wenn die Hypothek für mehrere Gläubiger gepfändet ist, derjenige vor, dessen Pfändungspfandrecht zuerst nach Maßgabe des § 830 ZPO. entstanden ist, nicht derjenige, der zuerst den Pfändungsbeschluß erwirkt hat. Der dritte Briefbesitzer, dem mehrere Pfändungsbeschlüsse bekannt geworden sind, hat den Brief an den Gläubiger herauszugeben, der den ersten Pfändungsbeschluß erwirkt hat. (68.)

§ 832. R. **14** Nr. 809 (Hamburg). Es genügt das Bestehen eines einheitlichen Rechtsverhältnisses, das die Grundlagen für die fortdauernde Entstehung von Forderungen blidet. Auch die Forderungen von Reisenden, die nur gegen Provision, aber ständig mit dem Absatze von Büchern beschäftigt sind, fallen unter § 832 ZPO.

§ 833. Rothenberg, DJZ. **14** 876, bezieht § 833 entsprechend auf Erhöhung der im Privatdienste dauernd angestellten Personen.

§ 835. KGBl. **14** 98 (LG. I Berlin). Der aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschlusse verklagte Drittschuldner kann mit Einwendungen gegen den durch den Schuldtitel festgestellten Anspruch nicht gehört werden (**RG. 38** 402, JW. **00** 426). Er hat deshalb die Kosten zu tragen, wenn sich die Hauptsache dadurch erledigt, daß im Verlaufe des Rechtsstreits der Schuldtitel auf Antrag des Schuldners aufgehoben wird.

§ 836. RG. 83 116 ff., JW. **14** 46 Nr. 16. Der Rechtsstreit des Pfändungspfandgläubigers gegen den Drittschuldner schafft nicht Rechtskraft für und gegen den Schuldner. Der Schuldner behält gewisse Befugnisse, auf Feststellung oder Zahlung an den Gläubiger. Eine Ermächtigung zur Prozeßführung an den Pfandgläubiger liegt nicht vor (anders steht der Inkassoindossatar). — Aus § 841 folgt nicht das Gegenteil.

§ 837. Pfändung einer Hypothek, deren Brief das Grundbuchamt zurückbehalten hat. OLG. **29** 217 (KG.). Den Herausgabeanspruch gegen das Grundbuchamt (Justizfiskus) hat derjenige, der den Brief zur Eintragung bei dem Grundbuchamt eingereicht hat. — Die Übergabe des Briefes wird, falls ein Dritter den Hypothekenbrief besitzt, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, nicht aber dadurch ersetzt, daß der dem Schuldner (Hypothekengläubiger) zustehende Anspruch gepfändet und überwiesen wird.

§ 838. v. Krause, JW. **14** 718. Mit der Überweisung an Zahlungs Statt geht auch ein etwaiges Pfändungspfandrecht auf den neuen Gläubiger über.

§ 840. a) OLG. **29** 220 (Hamburg). Im Falle unrichtiger Erklärung ist der Drittschuldner schadensersatzpflichtig. Dieser Anspruch muß aber im besonderen Prozesse verfolgt werden. b) ÖstZBl. **14** 179 (ÖstOGH.; ÖstExekO. 301). Die unterlassene Erklärung muß ursächlich sein. Wenn der Kläger bei dem Bestreiten des Beklagten es zum Beweise kommen läßt, so hat er diesen Schaden selbst verschuldet.

§ 843. *Bendix, Der Verzicht auf das Pfandrecht an der gepfändeten Forderung und der Drittschuldner, JW. **14** 668 ff. a) Der Verzicht bringt das Pfändungspfandrecht zum Erlöschen. Er betrifft nicht die äußere Gestaltung und die Erkennbarkeit des Pfandrechts, sondern die rechtsgeschäftliche Aufgabe des Rechtes selbst (vgl. **RG. 57** 325), das Verhältnis zwischen dem dinglich Berechtigten und dem dinglich Verpflichteten. Er kann deshalb begrifflich nur in einer Erklärung des ersteren gegenüber dem letzteren bestehen. Der § 843 verlangt eine einseitige Erklärung des Gläubigers, die folgerecht nur wirkt, wenn sie dem Schuldner zugestellt wird, während die Zustellung an den Drittschuldner nur nachrichtlich geschieht. Und gerade für das Erlöschen des Pfändungspfandrechts im Gegensatze zur Entstehung, die den eigenen Gesetzen der ZPO. unterliegt, kann man die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über das Erlöschen des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts zur Vergleichung heranziehen und cum grano salis berücksichtigen. Und in der Tat genügt ja auch nach § 1255 (§ 1273 Abs. 2) BGB. zur Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäft die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer (nicht gegenüber dem dritten Forderungsschuldner), daß er das Pfandrecht aufgebe. Diese Übereinstimmung beweist, daß der § 843 nicht mangelhaft gefaßt ist, sondern seine Fassung der folgerichtigen begrifflichen Auffassung verdankt. b) Vielfach wird angenommen, daß der Pfändungsgläubiger das Pfandrecht nur durch einseitige Erklärung gemäß § 843 ZPO. aufgeben könne. Für die einseitige Aufgabe des Rechtes enthält der § 843 ZPO. allerdings die Mindesterfordernisse. Das Pfandrecht kann aber auch durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner aufgehoben werden. Eine gerichtliche Aufhebung

des Pfändungspfandrechts wird hiernach regelmäßig nicht erforderlich sein. Bendix hält sie aber nicht für ausgeschlossen, insbesondere dann nicht, wenn außer den Drittschuldnern etwa noch Zessionare, Nießbraucher oder Behörden, bei denen die gepfändeten Beträge hinterlegt sind, beteiligt sind. Gläubiger und Schuldner haben aber auch sonst ein schutzbedürftiges Interesse an der gerichtlichen Aufhebung, weil ja die Gültigkeit des Verzichts und der Zustellung nicht immer zweifelsfrei, und der Nachweis nach Jahren kaum noch zu führen sein wird. Vgl. auch GruchotsBeitr. **37** 427, dagegen OLG. **29** 180. c) In dem Falle, daß der Drittschuldner die Mitteilung des Verzichts erhält und im Vertrauen darauf, daß das ihm zugestellte Schriftstück wie bei der Überweisung für ihn maßgebend sei, an den Schuldner oder an andere Überweisungsgläubiger zahlt, ist er dem Gläubiger gegenüber auch dann befreit, wenn dessen Verzichtserklärung dem Schuldner gar nicht oder fehlerhaft zugestellt war. Ein Verzicht auf das Pfandrecht liegt hier freilich nicht vor, und weder der Gläubiger noch der Schuldner kann sich auf solchen Verzicht berufen, aber der Gläubiger hat unbeschadet seines Pfandrechts dem Drittschuldner gegenüber darin gewilligt, daß dieser an den Nächstberechtigten zahle. Daran ist er gebunden; er braucht also nicht noch ein zweites Mal zu zahlen, wie Stein fälschlich annimmt. d) Zahlt der Drittschuldner umgekehrt, ehe ihm der Verzicht mitgeteilt worden ist, aber nachdem er dem Schuldner zugestellt war, an den Überweisungsgläubiger, so bleibt er nach Steins Ansicht dem Schuldner weiter verhaftet. Dem kann nicht ohne weiteres beigepflichtet werden. Vielmehr ist dem Schuldner hier die Vorschrift des § 171 Abs. 2 BGB. entgegen zu setzen, deren entsprechende Anwendbarkeit sich daraus ergibt, daß die Zahlung an den Pfändungsgläubiger nur auf Grund der ihm in der Überweisung erteilten Einziehungsermächtigung geschehen darf. Diese bleibt bestehen, bis die Überweisung in derselben Weise, wie sie stattgefunden hat, durch besondere Mitteilung, nämlich durch Zustellung an den Drittschuldner, widerrufen wird; der letztere wird allerdings auf die Zahlung an den Überweisungsgläubiger nach Zustellung an den Schuldner sich dann nicht berufen können, wenn er diesen Verzicht bei der Zahlung bereits kannte oder kennen mußte (§ 173 BGB.).

§ 844. 1. **RG.** JW. **14** 413 Nr. 17. Eine Anordnung aus § 844 ist sachgemäß, wenn die zu übereignende Sache sich bereits im Gewahrsame des Vollstreckungsschuldners befindet, aber noch nicht bezahlt ist. Die unmittelbare Pfändung würde die Widerspruchsklage hervorrufen.

2. OLG. **29** 221 (Hamburg). Zulässig und zweckmäßig ist der Antrag, einen Wechsel bei einer Großbank ordnungsmäßig zu diskontieren.

3. LeipzZ. **14** 96 (Dresden). Dem Gläubiger steht nach § 844 kein Recht auf Anordnung einer anderen Art der Verwertung des für ihn gepfändeten Rechtes zu. Wenn auch für die Entschließung darüber in erster Linie das Interesse des Gläubigers maßgebend ist, so dürfen doch andererseits die Interessen des Schuldners nicht vollständig unberücksichtigt bleiben (unter Bezugnahme auf JW. **91** 224 Nr. 9).

§ 845. 1. **RG.** **83** 333. Ist die Vorpfändung an sich mangelfrei, so richten sich die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach der Zeit der Vorpfändung, nicht danach, ob sie im Augenblicke der Pfändung zutreffen. Schon durch die Vorpfändung wird bei fristgerechter Pfändung dem Vermögen zum Nachteile der übrigen Gläubiger ein Wert entzogen.

2. Crasemann, DJZ. **14** 628. Hält die Erinnerung gegen eine Pfändungsbenachrichtigung, deren Inhalt die der Pfändung in der ZPO. und im Lohnbeschlagnahmegesetz gesteckten Grenzen überschreitet, in entsprechender Anwendung des § 766 für zulässig.

3. Kullmann, JW. **15** 318, erörtert die Frage, ob die Pfändungsankündigung ihre Wirkung verliert, wenn vor Ablauf der dreiwöchigen Frist die Geschäfts=

aufsicht angeordnet wird. Er bejaht sie, da die Vorpfändung durch den nicht rechtzeitigen Eintritt der gerichtlichen Pfändung auflösend bedingt sei. Anders AG. und LG. Karlsruhe, in dem aaO. mitgeteilten Falle.

§§ 846, 845, 847, 829. Über die Pfändbarkeit patentamtlicher Proben und Modelle vgl. zu § 857.

§ 847. RG. JW. **14** 415 Nr. 17, R. **14** Nr. 957—960, LeipzZ. **14** 954 Nr. 18 SeuffA. **69** 380. 1. Die Pfändung des Anspruchs des Vollstreckungsschuldners auf Übereignung beweglicher Sachen ist statthaft und wirksam, auch wenn der Anspruch von der Gewährung einer Gegenleistung abhängt. Sie ist als solche nicht etwa „bedingt" durch die Erfüllung der Gegenleistung. 2. Die Anspruchspfändung bleibt wirksam, auch wenn die Anordnung der Herausgabe an einen Gerichtsvollzieher fehlt. Diese Anordnung kann nachgeholt werden. 3. Sie erstreckt sich auf den Erlös aus einer nachträglichen Veräußerung der herauszugebenden Sachen durch den Drittschuldner. — (Betraf den Fall des Anspruchs auf Rückübertragung bei der Sicherungsübereignung.)

§ 850. Literatur: Dittrich, Abänderungsvorschläge zum Lohnbeschlagnahmegesetz; Entwurf zu einem neuen Lohnpfändungsgesetze, DRZ. **14** 673 ff., 693 ff.— König, Über das Zusammentreffen von Unterhaltsansprüchen eines Verwandten oder der Frau des Verpflichteten mit denen seines unehelichen Kindes, SächsRpflA. **14** 385. — Stepp, Die Berechnung des pfändbaren Gehalts oder Lohnes, BayRpflZ. **14** 401. — Derselbe, Zur Frage des Überganges des Pfändungsprivilegs nach § 850 Abs. 4 ZPO., LeipzZ. **14** 1183 ff. — Wagner, **Die Pfändung der Postscheckguthaben, EisenbahnE. 30** 282 ff. — Wassertrüdinger, Zur Auslegung des § 850 Abs. 1 Ziff. 4, R. **14** 508.

I. Ziff. 1 und LohnBG. vom 21. Juni 1869. 1. Berechnung des pfändbaren Einkommens. Zusammenrechnung. HansGZ. **14** Beibl. 109, SeuffA. **69** 80 (Hamburg). Eine Zusammenrechnung des Einkommens nach Nr. 1 und Nr. 7/8 zur Erzielung eines pfändbaren Einkommens (im Gegensatze zu Nr. 7 u. 8, wo es sich im wesentlichen gleichartige Bezüge handelt) ist unzulässig. Abgelehnt wurde der Standpunkt des KG. (OLG. **19** 34), daß sich bei einem pensionierten Beamten die wirtschaftliche Existenz ebenso auf der Pension aufbaue wie bei dem in Dienst befindlichen Beamten auf dem Gehalte, so daß die Tätigkeit, die ein pensionierter Beamter entfalte, immer nur den Charakter der Nebenbeschäftigung haben könne. Es komme auf den einzelnen Fall an. (Es handelte sich um einen Lohnschreiber beim LG., der rund 1500 M. durch Schreibarbeiten verdiente und eine jährliche Pension von 711 M.) Vgl. JDR. **12** zu I 1 d. — Gegen KG. auch Nedwig, PrVerwBl. **35** 607; Stepp, BayRpflZ. **13** 225.

2. Einrechnung der Versicherungsbeiträge. a) GewuKfmG. **14** 330 (KfmG. Stettin). Die Versicherungsbeiträge sind bei der Berechnung des pfändbaren Einkommens außer Betracht zu lassen. De lege ferenda wird eine Klarstellung gewünscht, ob sie vom Bruttobetrag oder von unpfändbaren Gehalt abzuziehen oder ob sie anteilig auf pfändbares oder nicht pfändbares Gehalt zu erteilen sind, zumal seit Einführung der Angestelltenversicherung und Ausdehnung der Krankenversicherung auf Gehälter bis zu 2500 M. diese Beträge erheblich höher geworden sind. b) Stepp, BayRpflZ. **14** 401, erörtert die Frage, ob bei der Berechnung des pfändbaren Gehalts die Beiträge zur Arbeiterpensions- und Postkrankenkasse abgezogen werden können, die der Drittschuldner (im gegebenen Falle die Oberpostdirektion) für den Drittschuldner als dessen Arbeitgeber bis zum Zahltag entrichtet hatte. Unter den Begriff der Vergütung fallen alle Bezüge, die dem Arbeiter aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnisse zukommen. Die Betriebskrankenkasse der Königlich bayerischen Post- und Telegraphenverwaltung ist eine Betriebskrankenkasse im Sinne der §§ 245, 246 RVO., die Arbeiterpensionskasse durch Beschluß des Bundesrats vom 21. März 1912 eine Sonderanstalt im Sinne der §§ 1360 bis 1380 RVO. Die Abzüge, welche die Oberpostdirektion bei der Lohnzahlung

zu diesen Kassen macht, sind so zu beurteilen, wie die von einem gewöhnlichen Arbeitgeber gegenüber einem Arbeiter vorgenommenen Abzüge. Die Beiträge der Versicherten nach §§ 394, 381, 1432 RVO. werden aus ihrem Einkommen geleistet. (AA. **RG.** JW. **84** 227 für die Witwen- und Waisengeldbeiträge des PrG. vom 20. Mai 1892, die aber völlig wesensverschieden sind von der Beitragspflicht auf Grund der reichsgesetzlichen Kranken-, Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung.)

3. Pfändbarkeit des Auslagenzuschusses. **a)** BuschZ. **44** 281 (Cassel). Schlechthin pfändbar ist, was der Schuldner zur Bestreitung von Auslagen erhält. Er kann darüber verfügen, also ist es auch Bestandteil des pfändbaren Vermögens. Anderer Ansicht LG. München I vom 13. Februar 1914, mitgeteilt von Diemayer, LeipzZ. **14** 1196, wo die Pfändung der Tagesspesen für unzulässig erklärt wurde, da glaubhaft gemacht war, daß der Schuldner von den auf 8—12 M. sich belaufenden Spesen keine Erübrigungen machen konnte. Vollstreckungsgericht und LG. hielten es für unzulässig, daß die Spesen durch Pfändung ihrer Bestimmung entzogen würden, dadurch würde dem Schuldner die Erwerbstätigkeit unmöglich gemacht werden. Hierzu bemerkt Diemayer aaO., die Pfändbarkeit ergebe sich daraus, daß es sich um eine gewöhnliche Ersatzforderung handle. Für die Pfändbarkeit des Auslagenersatzes auch OLG. **29** 236 (Rostock) sowie PosMSchr. **14** 20 (Posen) (bezüglich des zum Auslagenersatz bestimmten Teiles der Gesamtvergütung eines Schauspielers). **b)** Bisher waren pfändbar die Aufwandsentschädigungen an Familien für die im Reichsheer, in der Marine oder in den Schutzgebieten eingestellten Söhne, wenn Söhne aus der Familie durch Ableistung ihrer gesetzlichen 2 oder 3 jährigen Dienstpflicht als Unteroffiziere oder Gemeine eine Gesamtdienstzeit von 6 Jahren zurückgelegt haben. (240 M. für jedes weitere Dienstjahr jedes Sohnes, der in diesen Dienstgraden seiner gesetzlichen oder 3 jährigen Dienstpflicht genügt.) Diese Aufwandsentschädigungen sind jetzt durch G. vom 24. Juni 1914 [RGBl. 233] für unpfändbar erklärt worden [neue Nr. 9 des § 850 ZPO.].) Vgl. BayRpflZ. **14** 311.

4. OLG. **29** 232 (München) über Anrechnung von Freibier in den Lohn.

5. Begriff des Vertragsverhältnisses. OLG. **29** 233 (Frankfurt). Ein Arbeitsverhältnis hört nicht dadurch auf, ein bestimmtes, stetes Vertragsverhältnis zu sein, daß es die Arbeitskraft des Arbeiters nicht vollständig beansprucht, sondern diesem Zeit läßt, auch noch in anderen oder mehreren anderen gleichzeitig bestehenden Arbeits- oder Dienstverhältnissen tätig zu sein. Der Wortlaut des § 1 LohnBG. hindert nicht, das Gesetz seinem Sinne gemäß auch auf diejenigen Fälle anzuwenden, in denen stetige Beziehungen des Arbeiters zu einem bestimmten Kreise von mehreren Arbeitgebern vorhanden sind, sofern nur die als Einheit zusammengefaßte Tätigkeit bei diesen mehreren Arbeitgebern die Erwerbstätigkeit des Arbeiters vollständig oder hauptsächlich beansprucht.

6. Berechnung des pfandfreien Betrags bei wandelbaren Bezügen. **a)** LeipzZ. **14** 1403 Nr. 6 (Düsseldorf). Auch bei Lohnpfändungen gegen Arbeiter mit schwankenden Bezügen ist darauf hinzuwirken, daß dem Schuldner ein Jahreseinkommen von 1500 M. verbleibt. Das läßt sich dadurch erreichen, daß die schwankenden Einnahmen nach ihrem Durchschnitt auf ein Jahr berechnet werden und der 1500 M. übersteigende Betrag zu einem bestimmten den Lohnzahlungen entsprechenden verhältnismäßigen Bruchteil gepfändet wird. Die Schwierigkeit der Berechnung darf nicht auf den Drittschuldner abgewälzt werden. **b)** BadRpr. **14** 45 (LG. Karlsruhe). Es erscheint angemessen und dem Zwecke des Gesetzes entsprechend, eine geltend gemachte spätere Verdienstlosigkeit wenigstens dann zu berücksichtigen, wenn sie nach der Erfahrung, insbesondere nach den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen, nach der Art des Berufs des Schuldners

in Verbindung mit einer erfahrungsgemäßen besonderen Schwierigkeit eines Berufs- oder Beschäftigungswechsels und auch nach den bisherigen Erwerbsverhältnissen des Schuldners einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit entspricht und keinerlei Anhaltspunkte vorliegen, daß es trotzdem dem Schuldner gelingen werde, für die Zeit nach Beendigung der seinem Hauptberuf entsprechenden Beschäftigung einen entsprechenden Verdienst zu finden, durch den sein gesamtes Jahreseinkommen auf einen höheren Betrag als 1500 M. gebracht wird.

7. Pfändbarkeit des ausgezahlten Lohnes. a) R. **14** Nr. 1456 (Braunschweig). Der ausgezahlte Arbeitslohn fällt unter § 1 LohnBG. und § 850 Ziff. 1 nicht, diese beziehen sich nur auf Lohnansprüche (gestützt insbesondere auf den Wortlaut des Schlußsatzes des § 1 und des Abs. 2 des § 2 LohnBG.). **b)** R. **14** Nr. 2302, OLG. **29** 235 (Hamburg). Hat der Arbeitgeber den Lohn infolge Zwangsvollstreckung an den Gerichtsvollzieher gezahlt, so hört dadurch die Lohnforderung nicht auf, eine solche im wirtschaftlichen Sinne zu sein. Unterlassene „Einforderung" im Sinne des Gesetzes liegt nicht vor, daher ist die Pfändung des Anspruchs gegen den Gerichtsvollzieher auf Auszahlung unzulässig.

8. Pfändbarkeit von Ersatzansprüchen. GewuKfmG. **14** 256 (LG. I Berlin). Der Anspruch auf Vergütung wegen vorzeitiger Entlassung ist als Anspruch auf Vergütung im Sinne des Lohnbeschlagnahmegesetzes anzusehen und unterliegt daher den Pfändungsbeschränkungen dieses Gesetzes.

II. Ziff. 2. **a)** PosMSchr. **14** 18 (Posen). Altenteilsforderungen, die lediglich Teil des Kaufpreises und nicht zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht gewährt sind, sind pfändbar. **b)** (§ 13 KraftfahrzeugG.) BadRpr. **14** 135 (Karlsruhe). Die Unpfändbarkeit der dem Verletzten zu leistenden Geldrente erstreckt sich auch auf die bereits vor der Klagerhebung oder Urteilsfällung fällig gewordenen Rentenbeträge.

III. Ziff. 1, 3 und 7/8. **a)** OLG. **29** 231 (München, 2. Sen.) hält das Ruhegehalt des Privatbeamten unter 1500 M. gemäß § 1 LohnBG. (gegen 4. Sen. OLG. **20** 360, der die Anwendbarkeit der Nr. 3 verneint hatte) für unpfändbar. Es ist dem LG. darin beizutreten, daß der Inhalt und Zweck des Gesetzes seine Anwendung auf solche Fälle der nachträglichen Vergütung nicht ausschließt, da es nirgends verlangt, daß die Vergütung für gegenwärtige Dienste geleistet werde, und daß nur diese Auslegung geeignet ist, Härten gegen den erwerbsunfähigen Schuldner zu vermeiden, sowie der Absicht des Gesetzes, nicht nur der Arbeitskraft, sondern auch die Existenz des Erwerbsunfähigen zu schützen, gerecht zu werden. Insofern ist die ausdrückliche Anführung der Pension im § 850 Nr. 7/8 kein zwingender Grund gegen diese Auslegung und als Beweis für die gegenteilige Auffassung nicht verwertbar. **b)** Dagegen KGBl. **15** 24 (LG. III Berlin). Das Beamtenprivileg findet auf Privatkorporationen keine Anwendung. (Betraf einen bei den Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin angestellten Schuldner.) Vgl. auch Röhrig, JW. **15** 222 f.

IV. Ziff. 4. Wassertrüdringer, R. **14** 508, tritt Behrend, LeipzZ. **07** 390, entgegen, wonach die Bestimmung unanwendbar sein soll, wenn der Geschäftsbetrieb der Kassen Formen annehme, die es nicht mehr erlaubten, das Unternehmen als Kasse zu bezeichnen, und ferner wenn die Höhe der Kassenleistungen das Maß des Notwendigen übersteige. Maßgebend seien die Entstehungsursache und Zweckbestimmung der Forderung, nicht die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse des Drittschuldners. Auch auf „Unterstützungen" nach **RG. 52** 51 sei die Bestimmung nicht zu beschränken.

V. Ziff. 5. SeuffA. **69** 230 (KG.). Die Forderung des Militärmusikers an den Obermusikmeister für außerdienstliche Musikleistungen ist kein Sold im Sinne der Ziff. 5, fällt aber auch nicht unter das Lohnbeschlagnahmegesetz, da kein Arbeits-

und Dienstverhältnis im Sinne dieses Gesetzes vorliegt. Vielmehr bilden die Mitglieder einer Militärkapelle, soweit es sich um außerdienstliche Musikleistungen handelt, eine Vereinigung zum Zwecke des Erwerbes durch gemeinschaftliche Musikaufführungen. Die Forderung ist daher unbeschränkt pfändbar.

VI. Ziff. 8. **RG.** R. **14** Nr. 2303. Krankenkassenärzte sind nicht Ärzte an öffentlichen Anstalten.

VII. Abs. 4. 1. Umfang des Pfändungsprivilegs (§ 4 a LohnBG.). a) BuschsZ. **44** 521 (LG. Karlsruhe) und BadRpr. **14** 15 (Karlsruhe). Es handelt sich um eine Ausnahmebestimmung zugunsten der in der Regel noch bedürftigeren und wirtschaftlich schwächeren Unterhaltsberechtigten, die eng ausgelegt werden muß. Sie ist daher auf die Kosten der Beitreibung der Unterhaltsforderung, insbesondere der Prozeßkosten, nicht zu erstrecken. (Ebenso Stein, Seuffert, Struckmann-Koch, Pigge, DJZ. **09** 1136). b) LeipzZ. **14** 600 Nr. 7 (Bamberg). Das Gesetz enthält den Ausdruck des allgemeinen Rechtssatzes, daß der Unterhaltsanspruch der ehelichen Kinder dem der unehelichen vorgehe. Daher ist er entsprechend auf die Pfändung von Mietforderungen des Unterhaltspflichtigen anzuwenden. — Dagegen Diemayr, LeipzZ. **14** 1197.

2. König, Über das Zusammentreffen von Unterhaltsansprüchen eines Verwandten oder der Frau des Verpflichteten mit denen seiner unehelichen Kinder, SächsRpflA. **14** 385, hält es entsprechend den Vorschriften des § 850 Abs. 4 ZPO. und § 4 a LohnBG. für zulässig, wenn der unterhaltsberechtigte Kläger — die Frau oder ein Verwandter — dem Einwande des Beklagten, er habe zum Unterhalt eines unehelichen Kindes eine bestimmte Rente zu gewähren, bereits im Rechtsstreite mit dem Hinweise darauf begegnet, daß das uneheliche Kind diesen Anspruch bei der Zwangsvollstreckung nur wegen eines Teilbetrags werde verwirklichen dürfen. Es ist dann schon im Rechtsstreite zu prüfen, wegen welchen Betrags die Pfändung zugunsten des unehelichen Kindes zuzulassen und welcher Betrag dem Beklagten zur Bestreitung seines eigenen notdürftigen Unterhalts und zur Erfüllung der, ihm seinen Verwandten, seiner Frau oder seiner früheren Frau gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht zu belassen wäre.

3. Stepp, Zur Frage des Überganges des Pfändungsprivilegs, LeipzZ. **14** 1183 ff., gelangt zu dem Ergebnisse: Sind die Unterhaltsansprüche eines Verwandten, eines Ehegatten oder eines unehelichen Kindes gegen den unterhaltspflichtigen Verwandten, Ehegatten oder Vater durch Unterhaltsgewährung seitens des in zweiter Linie unterhaltspflichtigen Verwandten des Gläubigers nach §§ 1607 Abs. 2, 1709 Abs. 2 BGB. oder seitens des Armenverbandes nach § 62 UWG. auf diese Verwandten oder den Armenverband kraft Gesetzes übergegangen, so steht diesen Rechtsnachfolgern das Pfändungsprivileg nicht zu, da das streng persönliche Vorrecht auf die Rechtsnachfolger nicht mitübergeht. — Ebenso BayRpflZ. **14** 347, OLG. **29** 237, SeuffA. **69** 382 (München). (Dasselbe Gericht hat in der Entsch. SeuffA. **69** 42 ausgesprochen, daß das Vorrecht des unehelichen Kindes nicht auf dessen Erben übergeht.)

VIII. Statutenkollision. R. **14** Nr. 239, LeipzZ. **14** 505 Nr. 5, Hans. GZ. **14** Beibl. 193 (Hamburg). Die Grundsätze über die Unpfändbarkeit einer Forderung gehören dem Zivilprozeßrecht, also dem öffentlichen Rechte an und sind daher nach dem Rechte des Vollstreckungsgerichts zu beurteilen. Ein Ungar kann sich für die Unpfändbarkeit einer in Deutschland zu erfüllenden Forderung gegen einen in Deutschland wohnhaften Drittschuldner nicht auf das ungarische Recht berufen. (Betraf die Pfändung des Ruhegehalts eines Privatangestellten.) Vgl. hierzu den vorstehenden Abschn. III.

IX. Reformvorschläge. *Georg Meyer, Pfändung und Sicherung von Lohn und Gehalt in Gegenwart und Zukunft (Berlin 1914) erörtert im ersten

Teile seines Buches den Schutz der Arbeitsvergütung gegen Beschlagnahme, im zweiten Teile den Schutz der Arbeitsvergütung bei Verfügungen des Arbeiters und dritter Personen (Lohnsicherung). 1. Das Bedürfnis einer Ausdehnung des Schutzes der Arbeitsvergütung wird aus dem Begriffe des Arbeits- und Dienstverhältnisses abgeleitet: Wo immer die wirtschaftliche Existenz des Arbeitenden (im weitesten Sinne des Wortes) sich auf der Arbeitsleistung aufbaut, ist deren Vergütung des Schutzes gegen Beschlagnahme wert und bedürftig, gleichviel, ob die Arbeit einem oder mehreren Arbeitgebern, als Haupt- oder Nebenbeschäftigung geleistet wird und gleichviel, ob der Arbeiter persönlich selbständig und auf längere oder kürzere oder gar nicht bestimmte Zeit zur Dienstleistung verpflichtet ist. Ebenso ausdehnungsbedürftig wie der Kreis der dem Gesetz unterstehenden Personen sind die schutzbedürftigen Forderungen. Neben der Arbeitsvergütung — als solche ist auch der Anspruch des Arbeitenden auf Entgeltung einer ohne sein Zutun unterbliebenen Arbeit anzusehen — bedürfen des Schutzes die Schadensersatzforderungen. Wenn das Gesetz dem Arbeitenden infolge Schädigung an Körper oder Vermögen gegen den Arbeitgeber einen Schadensersatzanspruch einräumt, so erkennt es damit eine Rechtspflicht des letzteren an, die Verminderung der Lebensbedingungen, die Schwächung oder Beeinträchtigung der Arbeitskraft des Arbeitenden möglichst vollkommen auszugleichen. Alle Ansprüche, welche dem Arbeiter infolge schuldhaften Verhaltens des Arbeitsgeber zugesprochen werden, treten somit an die Stelle der Vergütung, ersetzen deren wirtschaftliche Aufgabe und verdienen den gleichen Schutz gegen Angriffe von der Gläubigerseite, wie die Vergütung selbst. — Auch Auslagen und Aufwendungen zur Verrichtung der Arbeit sowie Zuschüsse und Zulagen zur Vergütung sollten ganz pfandfrei bleiben; bilden die ersteren die Voraussetzung für die Arbeit, so schaffen die letzteren erst die Lebensbedingungen für den Arbeitenden. — Der Lohn, der rein netto dem Arbeitenden pfandfrei verbleiben muß, ist in der Weise zu berechnen, daß vorweg die Beiträge zur Pensions-, Witwen- und Waisenkassen, zur Kranken-, Invaliden-, Angestelltenversicherung abgezogen werden, und zwar auf den Lohn schlechthin, nicht auf den unpfändbaren Teil desselben. — Ebenso wie die in einer Hand zusammenkommenden Bezüge in § 850 Abs. 1 Nr. 7 und 8 ZPO. für die Frage der Beschlagnahmefähigkeit zusammenzurechnen sind, müssen alle neben der Arbeitsvergütung dem Arbeitenden zustehenden, an sich nach § 850 aaO. unpfändbaren Forderungen in ihrer Gesamtheit als Ganzes betrachtet und auf die Möglichkeit ihrer Beschlagnahme geprüft werden. Bei der Frage, in welchem Umfange sie im Ganzen der Pfändung zugänglich sein sollen, ist zwischen Arbeits- und arbeitslosem Einkommen zu scheiden. Der Wille des Arbeiters entscheidet souverän über die Zulässigkeit einer Beschlagnahme im Umfange des § 1 LohnBG. nach dem daselbst bezeichneten Zeitpunkte. Wenn er die Selbstvergütung, die die Grenze der Pfändbarkeit nicht überschreitet, am Fälligkeitstage nicht eingefordert, muß ihm der Nachweis freistehen, daß er die Forderung nicht als Kapital oder als Kaution des Arbeitgebers stehen lassen, auch nicht dem letzteren Stundung gewähren wollte, vielmehr infolge äußerer Umstände in seiner oder des Arbeitgebers Person außerstande war, sie einzuziehen; ja es muß dem Arbeiter die Möglichkeit freistehen zum Widerruf oder zur Abänderung seiner ursprünglichen in der Nichteinforderung liegenden Willensmeinung. Sein Selbstbestimmungsrecht über diesen ihm als pfandfrei garantierten Teil seiner Vergütung, darf nicht durch unangebrachte formalistische Behandlung der an die Nichteinforderung geknüpften gesetzlichen Vermutungen beeinträchtigt werden. Der Schutz des ausgezahlten Lohnes muß noch weiter, als § 1 LohnBG. selbst bestimmt, ausgedehnt, nämlich entsprechend der Bestimmung des § 811 Nr. 8 ZPO. bis zum nächsten Zahltag erstreckt werden. — Der pfandfreie Betrag der Vergütung ist gemäß dem Gutachten der Handelswelt und Beschlüssen des RT. zu erhöhen. Der von Landrichter Cohn eingeschlagene Weg

erscheint gangbar (1. S. 38): Unter der Voraussetzung der Annahme dieser Erhöhungsvorschläge sind die ganzen Verträge zur Vereitelung einer Beschlagnahme (1500-M.-Schiebeverträge) fürderhin als sittenwidrige anzusehen. Die Rechtsprechung — auch die neuere — des RG. in der Beurteilung dieser Verträge entspricht nicht der Auffassung der Allgemeinheit und kann für eine Regelung der wichtigen Frage bei Neugestaltung des Gesetzes keine Grundlage bilden. —2. Das Pfändungsvorrecht der Verwandten des Ehegatten (auch des früheren), sowie des unehelichen Kindes, das an sich gerechtfertigt ist, geht in seiner jetzigen Gestalt trotz der sachlichen und zeitlichen Einschränkungen des Gesetzes zu weit und führt oft zu völliger Vernichtung der Existenz des Arbeiterschuldners sowie zur Benachteiligung des nichtbevorrechtigten Pfandgläubigers. Es muß bei Neugestaltung des Gesetzes darauf Bedacht genommen werden, die bei Eintreibung rückständiger Unterhaltsgelder und bei konkurrierender Lohnbeschlagnahme durch bevorrechtigte und nichtbevorrechtigte Gläubiger jetzt hervortretenden Härten und Ungerechtigkeiten abzustellen. Zu diesem Zwecke werden folgende Vorschläge gemacht: Der Bevorrechtigte darf nicht mehr ausschließlich einen bestimmten Teil der Vergütung beschlagnahmen, muß vielmehr die Pfändung auf die ganze Vergütung schlechthin vornehmen und seine Unterhaltsforderung zunächst bei dem ihm vorbehaltenen Vergütungsteil in Anrechnung bringen. Auf diese Weise wird der Nichtbevorrechtigte nicht mehr von vornherein in der Möglichkeit beschränkt, eine Lohnforderung aus dem Teile der Vergütung zu erhalten, welchen allein das Gesetz ihm zu diesem Zwecke zuweist. Damit dem Schuldner aber bei Zugriffen des Bevorrechtigten und Nichtbevorrechtigten nicht auch der letzte Rest seiner Vergütung genommen wird, der für seinen und seiner Familie notwendigen Unterhalt dienen soll, dürfen einerseits die Rückstände von Unterhaltsbeiträgen nicht mehr für die ganze Zeit nach Erhebung der Klage und das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr als bevorrechtigt beigetrieben werden (denn das sind event. 30 Jahre lang, vgl. S. 45, 46), sondern nur auf einen entsprechenden kurzen Zeitraum, als solcher werden drei Monate vorgeschlagen. Andererseits muß der Richter bei einer Beschlagnahme wegen Unterhaltsbeiträgen von vornherein — sofort bei Erlaß des Pfändungsbeschlusses — Vorsorge treffen, daß einer Gefährdung der Existenz des Schuldners durch Inanspruchnahme der ganzen Vergütung oder seines größten Teiles wirksam, schnell und ohne besondere Kosten vorgebeugt wird; er soll daher in dem Beschlusse sogleich einen für den Unterhalt des Schuldners angemessenen, seinen Einkommensverhältnissen einerseits und seinen Unterhaltsverpflichtungen andererseits Rechnung tragenden Betrag einsetzen und dem Drittschuldner aufgeben: Wenn der Lohn einer Periode außer von dem pfändenden Bevorrechtigten noch von anderen bevorrechtigten oder nichtbevorrechtigten Gläubigern oder von dem Verwandten wegen der Beiträge für Gegenwart und Vergangenheit im Wege der Beschlagnahme in Anspruch genommen wird, an der Hand der gesetzlichen Staffelung den auf die einzelne Lohnperiode entfallenden pfandfreien Betrag festzustellen und hiervon die Summe, welche der Bevorrechtigte für diesen Zeitabschnitt verlangt, in Abzug zu bringen. Ergibt sich bei dieser Subtraktion, daß die Differenz die vom Richter als angemessenen Unterhaltsbeitrag angesetzte Summe nicht erreicht, also weniger dem Schuldner verbleibt, als der Richter bestimmte, so erhält der Drittschuldner die weitere Anweisung, von dem pfandfreien Betrage die richterliche Kompetenz (um es kurz so zu bezeichnen) dem Schuldner sofort auszuzahlen, den Rest desselben an den unterhaltsberechtigten Pfandgläubiger abzuführen und, was sodann an dem von letzterem geforderten Unterhaltsbeitrage fehlt, aus dem allgemein pfändbaren Lohnteile zu entnehmen oder, wenn auf diesen Nichtbevorrechtigte vorher eine Pfändung ausgebracht haben, den fehlenden Betrag auf die pfandfreie Vergütung der nächsten Lohnperiode zu verrechnen und in dieser im übrigen dann ebenso zu verfahren, wie oben angeführt. An Beispielen wird das vorgeschlagene Verfahren erläutert. —

3. Die Lohnbeschlagnahme des unehelichen Kindes wegen Unterhaltsbeiträgen hat nach dem Gesetze dem unehelichen Vater einen Betrag zu belassen, dessen er zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhalts und zur Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber den Verwandten bedarf. Der notdürftige Unterhalt des Schuldners wird aber oft ganz falsch bewertet, und zwar ohne genaue Prüfung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Vaters in einer recht schematischen, dem Sinne des Gesetzes nicht gerecht werdenden Weise. Er ist nicht auf dasjenige abzustellen, was überhaupt als Existenzminimum genügt, vielmehr auf dasjenige, was der Schuldner bei äußerster Einschränkung seiner persönlichen Bedürfnisse zur Ausfüllung seiner Stellung unter Zugrundelegung seiner Vermögens- und Einkommensverhältnisse und der Beisteuer von Frau und Kindern bedarf; dabei wird auch immerhin die Fortführung der bisherigen Lebensweise in ihrer Wirkung auf körperliche und geistige Beschaffenheit der Persönlichkeit einige Berücksichtigung erheischen. Alle in dieser Beziehung in Betracht kommenden Umstände dem Richter bei Erlaß seines Pfändungsbeschlusses an die Hand zu geben, wird Sache des Vormundes sein. — 4. Ebenso wie das Pfändungsvorrecht der Verwandten, muß auch dasjenige der Steuerbehörde eingeschränkt werden. Sie ist berechtigt, bei Übergehung oder unrichtiger Veranlagung eines Steuerpflichtigen nachträglich eine Steuerveranlagung vorzunehmen. Auf diese Weise werden noch nach langer Zeit festgesetzte Steuerbeträge eingezogen und gelten, wenn sie binnen drei Monaten von der Veranlagung ab gerechnet, eingezogen werden, nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung in bezug auf die Lohnbeschlagnahme des Steuerpflichtigen als bevorrechtigt. Daher kann wegen der ganzen Steuer des laufenden und auch vergangener Jahre bevorrechtigte Lohnbeschlagnahme stattfinden. Dies ist aber ein zu weit gehendes Vorrecht der Steuerbehörde, welches in der Weise einzuschränken sein wird, daß eine Bevorrechtigung der Beitreibung nachträglicher veranlagter Steuern vergangener Jahre nicht mehr stattfinden darf. Der PrFinMin. hat in einem Bescheide vom 3. März 1908 sich bereits auf diesen Standpunkt gestellt, der gewiß sehr erfreulich, aber nach dem Buchstaben des Gesetzes nicht einwandfrei erscheint. — 5. Teil II der Arbeit behandelt sodann den Schutz der Arbeitsvergütung bei Verfügungen des Arbeiters und dritter Personen. Die Bestimmungen des § 2 LohnBG. enthalten vielzuweitgehende durch nichts gerechtfertigte und daher abzuändernde Verfügungsbeschränkungen des Arbeiters in bezug auf seine Vergütung. Es wird daher vorgeschlagen, den Wortlaut des Abs. 1 auf unmittelbar bezweckte Gesetzesumgehungen einzuschränken, Verfügungen dagegen, welche nur mittelbar die der Beschlagnahme im Rahmen des § 1 gesteckten Grenzen verschieben, wie Änderungen der Anstellungsbedingungen, Stundungsverträge u. a. zuzulassen. — Auch Abs. 2 muß geändert werden; nach demselben zieht das Pfändungsverbot ohne weiteres eine Beschränkung der Vertragsfreiheit in gleichem Umfange nach sich. Der Verfügung über die Lohnforderung sind aber andere Grenzen gesteckt, als der zwangsweisen Fortnahme eines Teiles derselben. Dementsprechend muß der Arbeiter in der Lage sein, mit seiner an sich unpfändbaren Lohnforderung Waren auf Kredit zu entnehmen, auch Darlehen zu erhalten, Verabredungen mit dem Arbeitgeber über Verwendung eines Teils des Lohnes zur Beteiligung an Wohlfahrtseinrichtungen zu treffen; notwendige außergewöhnliche Bedürfnisse für sich und die Familie zu bestreiten, muß er selbst dann instand gesetzt werden, wenn der gepfändete Teil beschlagnahmt ist. Allerdings empfiehlt es sich, dem Umfang und der Zeit nach Einschränkungen festzusetzen. Vorschläge in diesen Richtungen werden S. 81 und 83 gemacht. Damit nicht darüber hinaus Verfügungen getroffen werden, soll bestimmt werden, daß ihre Rechtswirksamkeit erst durch Anzeige an den Arbeitgeber eintritt und dieser nur soweit Zahlung leisten darf, als das zulässige Maß nicht überschritten ist, im entgegengesetzten Falle

aber der Arbeitgeber unter Mitteilung der Sachlage den Beteiligten von der Rechtsunwirksamkeit der Verfügung Kenntnis gibt. Der im § 394 BGB. fortgebildete Gedanke der Lohnsicherung birgt einen guten Kern. Das gesetzliche Aufrechnungsverbot wird jedoch der Wahrung der Interessen der Arbeitgeber nicht gerecht. Bei Zuwiderhandlung gegen seine Pflichten und die Interessen des Arbeitgebers, also bei Vertragsbrüchen, Beschädigung von Arbeitsgerät oder -material, bei Säumnissen und Verfehlungen des Arbeiters muß der Arbeitgeber in die Lage versetzt werden, auch an die unpfändbare Vergütung des Arbeiters sich zu halten und Lohnabzüge zu machen, da er sonst mangels anderer angreifbarer Vermögensobjekte des Arbeiters das Nachsehen hat. Das von der Reichsregierung als Aushilfe vorgeschlagene Mittel, das Zurückbehaltungsrecht, versagt, weil die Theorie und Praxis es als unzulässig verwerfen. — Wenn eine Abänderung der Vorschrift nicht durchzusetzen ist, so erscheint es angebracht, den Lohnbeschränkungsverträgen volle Wirksamkeit beizulegen, um den gröbsten Mißständen, welche das Aufrechnungsverbot zeitigt, zu beseitigen. Als solche werden die Lohneinbehaltungs- und Lohnverwirkungsabreden bezeichnet, dies ist die Vereinbarung der Einbehaltung und der Verwirkung eines Lohnteils zur Sicherung des Ersatzes eines vom Arbeiter zugefügten Schadens und einer für diesen Fall verabredeten Strafe; Abreden, die jetzt als Erlaß und Verpfändung einer unpfändbaren Forderung im Rahmen des § 2 Abs. 2 LohnBG. nichtig sind. Schließlich muß dem Arbeiter auch bei Verrechnung von Lohnvorschüssen unter allen Umständen ein Schutz der Arbeitsvergütung gewährleistet werden; der Arbeitgeber darf daher nicht mehr in einer nur seinen Wünschen entsprechenden willkürlichen Weise Lohnabzüge machen, vielmehr nur bestimmte Beträge zur Tilgung des Vorschusses von jeder einzenen Rate verwenden, und zwar in derselben Höhe, in der dem Arbeiter das freie Verfügungsrecht eingeräumt ist. Selbst bei Pfändung der Vergütung durch bevorrechtigte oder nichtbevorrechtigte Gläubiger kann und muß diese Art der Vorschußverrechnung durchgeführt werden.

§ 851. 1. R. **14** Nr. 513 (Düsseldorf). Die Pfändung künftig fällig werdener Provisionsansprüche eines Agenten aus noch nicht abgeschlossenen Vertragsverhältnissen ist mangels Bestimmtheit abzulehnen.

2. SeuffA. **69** 339, OLG. **29** 243 (München). Entschädigungsansprüche aus einer Hagelversicherung sind in Bayern nicht pfändbar (EGBVG. Art. 2, BayG. vom 13. Februar 1884 Art. 10). Vgl. JDR. **12** Ziff. 6.

3. LeipzZ. **14** 795 Nr. 1 (LG. Düsseldorf). Das Gehalt des preußischen Beamten ist zu einem Drittel des 1500 M. übersteigenden Betrags pfändbar. Die Unübertragbarkeit nach § 163 Anh. zu I 24, § 108 AGO. schließt die Pfändbarkeit nicht aus. Die zu § 163 gehörende prozessuale, die Pfändungsbeschränkung enthaltende Vorschrift des § 160 aaO. ($^1/_2$ über 400 Tlr.) ist durch § 14 EGZPO. aufgehoben und ersetzt durch § 850 Abs. 2 Nr. 8. — Ebenso KGBl. **14** 22 (LG. II Berlin.) — Vgl. JDR. **12** Ziff. 9.

4. OLG. **29** 242 (Rostock). Nach mecklenburgischem Rechte ist der Anspruch des Lehnserben gegen die übrigen Lehnserben auf Auseinandersetzung (Kavelung) pfändbar (§ 15 Abs. 3 AusfVO. z. ZPO. vom 9. April 1899).

5. HessRspr. **14** 324 (LG. Gießen). Der Anspruch einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht an die Genossen auf Erhöhung der Geschäftsanteile ist unpfändbar, weil die Einzahlung im Interesse des Erwerbers und der Erhaltung des eigenen Gesellschaftsvermögens erfolge.

6. OLG. **29** 240 (KG. 2. Feriensen.) bejaht gegen OLG. **25** 194 (KG. 8. Sen.) die Pfändbarkeit des Droschken-Nummernrechts. Eine selbständige, auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhende Berechtigung, die dem Berechtigten geldwerte Vorteile gewähre und im Handel frei übertragbar sei, sei eben

dadurch in den Kreis der der Vollstreckung unterliegenden Gegenstände getreten. (ebenso **Kormann**, BuschsZ. **41** 344). Anders OLG. **29** 241 (München). Die Genehmigung eines Droschkenbetriebs und die Zuteilung einer Droschkennummer sei lediglich öffentlich-rechtlicher Natur und nicht geeignet, ein Privatrecht zu schaffen, das der Gegenstand einer Pfändung sein könnte. Vgl. JDR. **12** Nr. 8.

7. a) **Wagner**, Die Pfändung der Postscheckguthaben, EisenbE. **30** 282–286. Die Pfändung von Geldforderungen der Kontoinhaber an die Postverwaltung wird an sich durch das Briefgeheimnis nicht gehindert, da die Liste der Kontoinhaber veröffentlicht werden kann und veröffentlicht wird. Auskunft über die Höhe des Guthabens erteilt die Post jedoch nur gemäß § 840 ZPO. — Die Forderungen der Kontoinhaber aus dem Postscheckverkehr umfassen: 1. das verfügbare Guthaben, 2. die Stammeinlage, 3. die für einen Kontoinhaber nach Aufhebuug des Kontos bei dem Postscheckamte noch mittels Zahlkarte eingehenden Beträge aus eingezogenen Postaufträgen und Nachnahmen. b) EisenbE. **30** 191 (LG. I Berlin). Die Pfändung eines **Auslieferungsanspruchs gegen den Reichspostfiskus** ist unzulässig aus dem öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkte, daß die Auskunftspflicht des § 840 ZPO. mit dem im § 5 PostG. aufgestellten Grundsatze der Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses unverträglich sein würde.

§§ 852, 853. **RG.** SeuffA. **69** 122. Solange die Hinterlegung nicht erfolgt ist, kann jedenfalls der bestberechtigte Pfändungs- und Überweisungsgläubiger auf Zahlung klagen, aber auch der nachberechtigte, wenn der vorgehende einverstanden ist.

§ 853. **RG.** R. **14** Nr. 961. Hinterlegt der Drittschuldner den Übererlös aus der Veräußerung herauszugebender Sachen zur Verfügung zweier um den Vorrang streitender Anspruchspfandgläubiger, so muß der Pfandgläubiger, der sich einen Ersatzanspruch gegen den Hinterleger wahren will, ihm den Streit verkünden. Führt er den Prozeß ohne Zuziehung des Hinterlegers selbst durch und vergleicht er sich mit dem anderen Gläubiger, so liegt in der nachträglichen Geltendmachung des Ersatzanspruchs ein Verstoß gegen Treu und Glauben.

§§ 853, 854. OLG. **29** 239 (München). Bei der Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe von Wertpapieren für mehrere Gläubiger sind nicht die Wertpapiere selbst, sondern der aus ihnen erzielte Erlös zu hinterlegen, und **diese** Hinterlegung ist dem AG. anzuzeigen.

§ 857. 1. **Hüfner**, Die Pfändbarkeit patentamtlicher Proben und Modelle, LeipzZ. **14** 625 ff. Die erste Voraussetzung der Pfändbarkeit im Einzelfall ist das Bestehen des an einem patentamtlichen Verfahren Beteiligten auf Rückgabe des Modells oder der Probe gegen das Patentamt. Es wird nachgewiesen, daß über die Frage, ob patentamtliche Proben oder Modelle als entbehrlich zurückzugeben sind, ausschließlich das Patentamt zu entscheiden hat. Die Anmeldeabteilung muß darüber befinden, wenn sie im Patenterteilungsverfahren die Anmeldung gemäß § 22 Abs. 1 zurückweist oder gemäß § 24 Abs. 3 über die Patenterteilung Beschluß faßt, und die Beschwerdeabteilung muß darüber erkennen, wenn sie gemäß § 26 den Beschluß der ersten Instanz, durch welchen die Erteilung des Patents entschieden worden ist, nachprüft. In allen diesen Fällen bildet die Beantwortung dieser Frage einen erforderlichenfalls nach § 321 ZPO. ergänzenden Teil der Hauptsache. Verf. empfiehlt ferner vor Pfändung des Anspruchs die Ausbringung einer Vorpfändung nach § 845 ZPO., um zu erfahren, ob das Probestück oder Modell zurückgegeben werden kann. Die häufige Anfrage der Vollstreckungsgerichte, ob das in Rede stehende Modell oder Probestück einen unabhängigen, selbständigen Vermögenswert besitze und sich zur Veräußerung eigne, dürfe das Patentamt gemäß § 18 Abs. 2 PatG. nicht beantworten, da es nicht zu seinem gesetzlichen Geschäftskreise gehöre (§ 13 Abs. 1 PatG., § 1 Abs. 3 AusfVO. vom 11. Juli 1891). Die Frage habe das Vollstreckungsgericht selbständig zu prüfen. Wäre die Pfändung des Modells oder der Probe aus dem

Grunde unmöglich, weil ihre Verwertung gemäß § 887 Abs. 2 und § 814 ZPO. ausgeschlossen erscheine, so würde damit die Anspruchspfändung selbst als zwecklos und deshalb als unzulässig erscheinen. Nach rechtskräftiger Patenterteilung ist das Modell oder Probestück dem Patentinhaber zurückzugeben. Es bildet aber nicht einen wesentlichen Bestandteil des Patentrechts. Nach rechtskräftiger Zurückweisung der Anmeldung ist die Rückgabe zulässig und nicht etwa die Erwägung zutreffend, daß es einen unselbständigen Teil des in Betracht kommenden Immaterial- oder Individualrechts bilde. — Im Einspruchsverfahren entscheidet für die Zulässigkeit der Rückgabe, daß das Modell nicht lediglich Beweisurkunde ist, sondern seine Eigenschaft als körperliche Sache behält.

2. Mangold, GruchotsBeitr. **58** 812 ff., 822 ff. hält die Zwangsvollstreckung in die Zündhölzerkontingente des G. vom 15. Juli 1909 für möglich, da sie nicht als bloß ökonomische Werte, sondern auch als Rechte aufgefaßt werden müssen, die einen Geldwert darstellen und nicht zum unbeweglichen Vermögen gehören. Die Pfändbarkeit bestehe aber nur, soweit das Kontingent von dem Fabrikunternehmen losgelöst übertragen werden könne, d. h. nur zugunsten einer anderen kontingentierungsfähigen Zündwarenfabrik. Drittschuldner sei das Reich, der Pfändungsbeschluß dem Reichskanzler (Reichsschatzamt) als Vertreter des Reichsfiskus zuzustellen.

§§ 859, 857, 851. 1. Josef, Die Pfändung des Anteils eines Miterben, eines Miteigentümers und eines Gesellschafters usw., BadRpr. **14** 40 ff. Der Gläubiger eines Miterben kann dessen Anteil am ganzen Nachlasse pfänden; dagegen kennt das Gesetz nicht eine Pfändung des dem bloßen Miteigentümer am Grundstücke zustehenden Anteils. Während aber die aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Rechte grundsätzlich unübertragbar sind (§ 717 Abs. 1 Satz 1 BGB.), sind die aus der bloßen Bruchteilsgemeinschaft entspringenden Rechte, z. B. das Recht auf Benutzung, Verwaltung und Fruchtgenuß, folglich auch das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen (§§ 743, 744, 749 BGB.) übertragbar, daher (§ 851 ZPO.) auch nach § 857 ZPO. pfändbar.

2. Josef, Erwerber, Vertragsgläubigerpfand, Pfändungsgläubiger, Nießbraucher eines Erbteils als Antragsteller bei der Auseinandersetzung, BadNotZ. **13** 136 ff., tritt dafür ein: a) daß dem Testamentsvollstrecker als Drittschuldner zuzustellen ist, wenn ihm die Verwaltung und Verfügung über den Nachlaß gebührt, er auch die Auseinandersetzung zu bewirken und den Erbteil dem schuldnerischen Erben auszuhändigen hat. Hat aber der Erblasser dem Vollstrecker das Recht zur Bewirkung der Auseinandersetzung entzogen oder ihm lediglich die Verwaltung des Nachlasses zugewiesen (§§ 2208, 2209), so hat jeder Erbe gegen den anderen nach § 2024 BGB. den Anspruch auf Auseinandersetzung und gegen den Vollstrecker den Anspruch auf Ausantwortung des so ermittelten Erbteils, sowie auf Erfüllung der im § 2218 bezeichneten Ansprüche. Demnach sind in diesen Fällen Drittschuldner sowohl die Miterben als auch der Vollstrecker und der Pfändungsbeschluß ist sowohl jenen als diesem zuzustellen. (Vgl. von demselben Verf., Pfändung des Erbteils durch Zustellung an den Testamentsvollstrecker oder an die Erben, MecklZ. **32** 242 ff.) b) Der Pfändungsgläubiger kann, wenn die Entscheidung rechtskräftig oder vorläufig vollstreckbar ist, die Auseinandersetzung beantragen; auf Grund eines Arrestbefehls nur gemeinschaftlich mit dem Schuldner. c) Zulässig ist nur die Überweisung zur Einziehung. Bei der Auseinandersetzung ist der Schuldner hinzuzuziehen. Andererseits ist eine von den Miterben ohne Zuziehung des Pfändungsgläubigers erfolgte Auseinandersetzung für diesen nach § 1276 Abs. 1 BGB. unwirksam, da hierdurch das Pfandrecht nicht beeinträchtigt wird. d) Die bei der Auseinandersetzung dem schuldnerischen Erben an Stelle des gepfändeten Gesamthandanteils zufallenden Gegenstände werden sein Alleineigentum, aber der Pfändungsgläubiger erwirbt an ihnen nicht kraft Gesetzes ein Pfandrecht, sondern er hat nach § 1258 Abs. 3 BGB. nur einen Anspruch auf Be-

stellung des Pfandrechts an diesen Gegenständen. e) Der Notar hat, sowohl wenn er um einfache Beurkundung angegangen wird, als auch im förmlichen Auseinandersetzungsverfahren die Beteiligten zu belehren, daß eine ohne Zustimmung des Pfandgläubigers ausgeführte Auseinandersetzung diesem gegenüber unwirksam ist. Wird dennoch die Beurkundung verlangt, so ist sie zu bewirken, da sie weder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, noch offenbar ungültig ist, sondern unter §§ 136, 137 BGB. fällt.

3. Josef, Das Prüfungsrecht des Grundbuchamts gegenüber der Erbteilspfändung, ElsLothNotZ. **14** 99 ff. Das Grundbuchamt hat mit Rücksicht auf § 19 GBO. die vom schuldnerischen Erben erklärte Eintragungsbewilligung als unwirksam zu behandeln, da durch den Pfändungsbeschluß dem Gläubiger ein Pfandrecht an dem Erbteile des Schuldners entstanden ist, das ohne Zustimmung des Gläubigers nicht aufgehoben oder geändert werden kann.

§ 863. LeipzZ. **14** 1579 Nr. 10 (Frankfurt a. M.). Die Pfändung ist unter allen Umständen unzulässig, soweit die Nutzungen zur Bestreitung des standesgemäßen Unterhalts des Schuldners nicht ausreichen; unanwendbar die Vorschrift des § 850 Abs. 4 zugunsten der dort bezeichneten Personen.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 864. ThürBl. **61** 109 (Jena). Bei Anfechtung der Veräußerung einer gemeinschaftlichen Sache steht § 864 Abs. 2 der Verurteilung, die Zwangsvollstreckung in einzelne Teile zu dulden, nicht entgegen.

§ 865. I. Abs. 1. 1. R. **14** Nr. 811 (Hamburg). Aus § 865 Abs. 1 folgt nicht, daß der Hypothekengläubiger eine Mehrzahl von Absonderungsrechten hinsichtlich der einzelnen Mietforderungen des Grundstücks und der einzelnen Zubehörteile hat, sondern er hat nur ein Absonderungsrecht, welches das Grundstück nebst Mieten und Zubehör ergreift. Dies Recht kann er im Konkurse nur durch Zwangsverwaltung betreiben, nicht durch Einzelpfändung, wenngleich er schon vor der Konkurseröffnung einen zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück geeigneten Titel hatte.

2. OLG. **29** 245, 246 (München u. KG.). Die Hypothekengläubiger sind auch im Konkurse des Schuldners befugt, gegen den Konkursverwalter sich die Mietforderungen auf Grund des dinglichen Vollstreckungstitels durch Pfändungen zu sichern. § 14 KO. findet auf Absonderungsberechtigte keine Anwendung.

II. Abs. 2. 1. MecklZ. **32** 194 (Rostock). Zum Begriffe des Landguts genügt es nicht, daß eine Anzahl landwirtschaftlicher Grundstücke von einer Größe, daß sie zusammen durch den Betrieb von Ackerbau und Viehzucht eine bescheidene Brotstelle bilden können, in einer Hand vereinigt sind. Es wird vielmehr erfordert, daß eine zum selbständigen Betriebe der Landwirtschaft eingerichtete Grundstückseinheit oder Grundstücksmehrheit vorhanden ist.

2. OLG. **29** 244 (München). Futtermittel als Zubehör eines landwirtschaftlichen Anwesens sind unpfändbar. Vgl. dazu Entsch. vom 27. Mai 1914 aaO. 245. Maßgebend ist nicht, wieviel Viehstücke auf dem Anwesen nach rein objektivem Maßstabe gehalten werden können, sondern wie der Viehstand in dem maßgebenden Zeitpunkte der Pfändung beschaffen war.

3. OLG. **29** 244 (München). Ein Wandregulator ist nicht unbedingt zur Ausstattung eines Fremdenzimmers nötig und daher pfändbar.

4. SchlHolstAnz. **14** 172, OLG. **29** 244 (Kiel). Kontormöbel sind nicht Zubehör eines Grundstücks, wenn dieses eine Villa ist und nur einzelne Teile (Anbau und Keller) für Kontorzwecke hergerichtet, die Möbel auch solche sind, wie sie sich in jedem besseren Herrenarbeitszimmer finden und dem Geschmacke des jeweiligen Eigentümers entsprechen.

5. SchlHolstAnz. **14** 173, OLG. **29** 244 (Kiel). Dem wirtschaftlichen Zwecke einer Brauerei dienen auch diejenigen Sachen, die außerhalb des Grundstücks den Absatz des Bieres ermöglichen; dazu sind jedoch solche Wagen nicht bestimmt, die zuweilen Vereinen zu Ausflügen zur Verfügung gestellt oder gelegentlich zum Besuche von Kunden und zur Einziehung von Außenständen usw. benutzt werden.

§ 866. **RG. 84** 265 ff., JW. **14** 652 Nr. 13, R. **14** Nr. 1320—1322. 1. Selbständiges Grundstück ist jeder gegen andere Teile räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche, der auf einem besonderen Grundbuchblatte für sich allein oder auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnisse der Grundstücke gebucht ist. 2. Die im § 866 Abs. 3 ZPO. vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 5 führt lediglich dazu, daß mehrere in demselben Schuldtitel vereinigte Forderungen zusammenzurechnen sind, und daher, falls der Gesamtbetrag der Forderungen 300 M. übersteigt, die Eintragung der Zwangshypothek auch dann zulässig ist, wenn einzelne Forderungen für sich diesen Betrag nicht erreichen. Dagegen ist aus der Verweisung des § 5 nicht zu entnehmen, daß die Zusammenrechnung mehrerer durch verschiedene Schuldtitel vollstreckbar gewordener, in einem Eintragungsantrage verbundener Forderungen mit der genannten Wirkung zugelassen ist (vgl. **RG. 48** 242). 3. Die Zulässigkeit der Eintragung nach § 866 Abs. 3 wird nicht dadurch beseitigt, daß der Gläubiger die Forderung gemäß § 867 Abs. 2 ZPO. auf die einzelnen Grundstücke verteilt und dabei auf einzelne Grundstücke ein Forderungsteil entfällt, der den Betrag von 300 M. nicht übersteigt.

§ 867. 1. SeuffA. **69** 43 (Königsberg). Eine Zwangssicherungshypothek, die vorschriftswidrig auf jedem Grundstück in voller Höhe eingetragen ist, ist nichtig (vgl. KGJ. **40** A 310).

2. SächsOLG. **35** 185 (Dresden). Die Eintragung einer Zwangshypothek wegen einer Forderung, für die schon eine Vertragshypothek besteht, ist unzulässig. Buch- und Briefhypothek für dieselbe Forderung können nicht zusammentreffen, zudem ist die Zwangshypothek nach § 868 mit besonderen, für die Sicherungshypothek nach § 1184 BGB. nicht geltenden Rechtsfolgen ausgestattet (vgl. **RG. 70** 246, **77** 175). — Vgl. dagegen OLG. **29** 248, R. **14** Nr. 2715 (BayObLG.). Zulässig ist jedenfalls die Eintragung einer Zwangshypothek, wenn die bereits eingetragene Hypothek eine Sicherungshypothek ist. Hiergegen sprechen keine zwingenden Gründe. Der Gläubiger, dem eine Vertragshypothek bestellt ist, würde sonst trotz §§ 864 ff. schlechter gestellt sein, als der Gläubiger, dem keine Vertragshypothek Sicherheit bietet.

3. Peperhove, DRZ. **14** 791, verteidigt den früheren Rechtszustand, nach dem die Eintragung einer Gesamthypothek auf mehrere Grundstücke zulässig war. Die Schwierigkeit der Verteilung auf die einzelnen Grundstücke, die Unbestimmtheit des Begriffs „Grundstück" ließen den gegenwärtigen Rechtszustand unpraktisch und unhaltbar erscheinen.

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

Literatur: Dummer, Wie weit gehen die Aufgaben des Gerichts im Verteilungsverfahren? GruchotsBeitr. **59** 77 ff.

§ 872. 1. LeipzZ. **14** 797 (LG. Düsseldorf). Bei der Pfändung von Gehalt ist, so oft ein fällig gewordener Teil hinterlegt wird, ein neues Verteilungsverfahren einzuleiten. Die erst in Zukunft zu hinterlegenden Beträge können nicht in dem Teilungsplane berücksichtigt werden. Masse im Sinne der §§ 875, 878 ist nur der hinterlegte Betrag. Die entsprechende Anwendung des § 156 Abs. 2 ZVG. ist unzulässig. Ebenso Neumann, DRZ. **14** 892 (gegen Stein), der nachweist, daß die Aufstellung eines einheitlichen Planes unmöglich ist, da der

Kreis der Gläubiger nicht feststeht, auch der Umfang der Masse wechselt (Erhöhung durch Zulagen, Minderung durch Pensionierung, Wegfall durch Tod), daher sich der Zeitpunkt der Befriedigung nicht voraussehen läßt.

2. Dummer aaO. verneint die Befugnis des Verteilungsgerichts, den hinterlegten Betrag, wenn es zur Aufstellung eines Teilungsplans nicht kommt, weil zuvor alle Gläubiger befriedigt sind, an den Schuldner abzuführen, oder an einen Gläubiger, wenn alle Gläubiger bis auf einen befriedigt sind. Dagegen hilft in diesen Fällen die Fristsetzung nach § 19 der neuen HO. — Weiter wird ausgeführt, daß das Vollstreckungsgericht nicht die bloße Abtretung der Forderung, sondern nur die Umschreibung gemäß § 727 ZPO. zu berücksichtigen hat, im übrigen der Hinterlegungsstelle die Prüfung der Legitimation obliegt.

§ 875. KGBl. **14** 56 (LG. I Berlin). Das Vollstreckungsgericht ist nicht dazu berufen und nicht in der Lage, über den Vorrechtsstreit zwischen zwei Rechtsnachfolgern, die auf die ihrem Vormann zugewiesene Hebung Anspruch machen, zu entscheiden.

§ 877. ThürBl. **61** 12 (Jena). Das Ausbleiben im Verhandlungstermin und die daran geknüpfte Annahme, der Widerspruch des anderen werde nicht anerkannt, ist noch kein Anlaßgeben zur Klage. Die Bestimmung des § 877 wirkt nur für das Verteilungsverfahren, nicht darüber hinaus.

§ 878. 1. KGBl. **14** 38 (LG. III Berlin). Der Nachweis der Klagerhebung ist, wenn der Vollstreckungsrichter nicht sofort nach Fristablauf die Ausführung des Teilungsplans angeordnet hat, noch bis zur tatsächlichen Anordnung der Ausführung zulässig.

2. *Pagenstecher, RheinZ. **6** 511—517. Wenn der widersprechende Gläubiger im Prozesse mit dem Vorstehenden behauptet, das Pfandrecht des Vorstehenden bestehe nicht, weil diesem überhaupt keine Forderung zustehe, so liegt hierin keine unzulässige exceptio ex jure tertii. (Gegen Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung 106; ebenso von Tuhr, Allgemeiner Teil 293.)

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen.

§ 887. **a)** SeuffA. **69** 124 (Braunschweig). Die Verpflichtung zu einer baulichen Änderung ist eine vertretbare Handlung. Dem Verurteilten ist eine billig zu bemessende Frist für die Erfüllung zu gewähren. **b)** HansGZ. **14** Beibl. 3 (LG. Hamburg). Das Urteil lautete auf Hinterlegung einer zahlenmäßig bestimmten Geldsumme. Streitig ist, ob in einem solchen Falle die Zwangsvollstreckung nach §§ 803 ff. oder § 887 ZPO. zu erfolgen hat. Das LG. hielt die Pfändung des Geldanspruchs auf Grund des Urteils mit der Maßgabe für zulässig, daß der Drittschuldner den dem Schuldner geschuldeten Betrag bei der Hinterlegungsstelle zu hinterlegen hat. — Eine dritte Möglichkeit, die in der deutschen Rechtsprechung wohl kaum erörtert worden, ist die Unterstellung unter § 888 ZPO. = § 354 ÖstExO. (Geld- oder Haftstrafe), wie sie vom OLG. und OGH. in Lemberg in dem ÖstZBl. **14** 19 ff. mitgeteilten Falle für zulässig erachtet und aaO. mit Recht bekämpft worden ist.

§§ 887, 888. 1. **RG.** JW. **14** 486 Nr. 28, R. **14** Nr. 2041. Das Verbot, außerhalb Brandenburgs die Maschinen selbst zu benutzen oder durch Dritte benutzen zu lassen, wurde als eine Leistung im Sinne des § 241 Satz 1 BGB., nicht als eine Unterlassung angesehen, weil der Beklagte gezwungen werden sollte, die Weiterbenutzung der Maschinen bei der Mieterin zu verhindern. Daher §§ 887, 888 anwendbar.

2. OLG. **29** 251 (Frankfurt). Die Verpflichtung zur Herstellung eines druckfertigen Kommentars hängt nicht ausschließlich von dem

Willen des Schuldners ab. Zu der Arbeit gehört außer dem guten Willen noch eine besondere wissenschaftliche Befähigung.

3. OLG. **29** 252 (KG.). Verurteilung zur Auseinandersetzung mit Mitgesellschaftern. Die Auseinandersetzung setzt eine Willenseinigung der Parteien über die verschiedensten Punkte voraus, stellt also keine ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängige Handlung dar. (Außerdem wurde gerügt, daß das LG. schlechthin zu einer Geldstrafe verurteilt hatte. Nach § 888 ZPO. sei der Schuldner zur Vornahme der Handlung anzuhalten. Daher habe im Beschluß ausgedrückt werden müssen, daß die erkannte Strafe wegfalle, wenn der Schuldner die ihm obliegende Handlung bis zur Vollstreckung geleistet haben sollte.)

4. SächsOLG. **35** 83 ff. (Dresden) über die Vollstreckung eines auf die Negatorienklage ergangenen Urteils. (Vorkehrungen zu treffen, daß aus dem Dorfbach abgeleitetes Wasser nicht übermäßig in das Grundstück des Gläubigers eindringe. Der Vollstreckungsantrag muß die einzelnen Vorkehrungen enthalten. Das AG. hat gegebenenfalls §§ 502, 139 ZPO. anzuwenden.)

5. *Grünebaum, Zwangsvollstreckung in den Fällen des § 26 GewO., LeipzZ. **14** 1452 ff. Die bisherige Rechtsprechung verlangt überwiegend, daß der Verletzte in den Fällen des § 26 GewO. vor Beginn der Zwangsvollstreckung genau die Einrichtungen angibt, die er getroffen haben will, damit man wisse, ob ein Verfahren nach § 887 oder nach § 888 ZPO. Platz greife. Dazu ist er aber als Laie, der das Werk nicht betreten kann, gar nicht imstande. Auch paßt weder § 887, da die Handlung regelmäßig nicht durch einen Dritten vorgenommen werden kann, noch § 888, da sie nicht ausschließlich vom Willen des Werkbesitzers abhängt, was näher dargelegt wird. Die bisherige Rechtsprechung macht also den Verletzten trotz seines obsiegenden Urteils meist rechtlos. Man muß anerkennen, daß hier eine Lücke im Gesetze vorhanden ist, zu deren Ausfüllung die im § 888 gewährten Mittel heranzuziehen sind, da sie allein zu einem sicheren Ziele führen. — LeipzZ. **14** 1580 Nr. 11, OLG. **29** 251 (Hamm) erklärt in dem angeführten Falle § 888 unmittelbar für anwendbar. Die Schaffung von Einrichtungen zur Abwendung übermäßiger Immissionen stelle sich als eine, ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängige, unvertretbare Handlung des § 888 dar. Denn derartige Handlungen könnten nur kraft eines Willensaktes des Beklagten vorgenommen werden, für den keine Rechtspflicht bestehe, dem Kläger oder dessen beauftragten Sachverständigen den Eintritt in die Fabrik zu gestatten.

§ 890. 1. OLG. **29** 257 (Hamburg). Die Verurteilung, die durch die Dunggrube hervorgerufenen Beeinträchtigungen des klägerischen Grundstücks zu beseitigen, ist Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 1004 BGB.), nicht Unterlassung.

2. MecklZ. **32** 196, OLG. **29** 255 (Rostock). Zulässig ist die Strafandrohung gegen eine zur Unterlassung von Eigentumsstörungen verurteilte Gemeinde wegen Zuwiderhandlungen von Gemeindemitgliedern (vgl. **RG. 43** 406). Jedoch können gegen juristische Personen nur Geldstrafen verwirklicht werden. Statthaft ist selbstverständlich der Einwand, daß die Vertreter und Organe der Gemeinde die Zuwiderhandlungen einzelner Mitglieder nicht zu verhindern vermocht (**RG. 36** 418: als Einwand des mangelnden Verschuldens).

3. Die Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs aus §§ 1 und 13 UnlWG. a) LeipzZ. **14** 410 Nr. 7 (Augsburg). Gemäß §§ 1 u. 13 UnlWG. ist der Unterlassunganspruch wegen unlauterer Wettbewerbshandlungen an sich gegen den Inhaber des Betriebs zulässig. Eine subjektive Verschuldung des Inhabers als Voraussetzung der Unterlassungsklage ist nicht erforderlich. Die Vollstreckung erfolgt nach § 890 ZPO. Die Verhängung der angedrohten Strafe darf

nur stattfinden, wenn das Unterlassungsgebot von dem Geschäftsherrn schuldhaft verletzt wird. Aber die Frage, ob ein solches Verschulden vorliegt, kann erst untersucht werden, wenn eine Zuwiderhandlung gegen das Gebot vorliegt und der Gläubiger die Festsetzung der Strafe beantragt. Vgl. dagegen OLG. **29** 253, R. **15** Nr. 90 (München). Der Beklagte war verurteilt, dafür zu sorgen, daß seine Angestellten nicht im Verkehre mit Kunden den Anschein erweckten, als ob sie für den Kläger tätig seien. Es ist § 888 für anwendbar erachtet, da der Beklagte zur Vornahme einer ganz bestimmten Handlung verurteilt worden sei, die ausschließlich von seinem Willen abhänge. **b)** Keidel, LeipzZ. **14** 655 ff., führt aus, daß trotz der Fassung des Urteils das Gebot einer Unterlassung vorliege, nicht das Gebot, eine bestimmte Handlung vorzunehmen. Die Zulassung des Einwandes der mangelnden Verschuldung stehe aber mit der Vorschrift des § 13 Abs. 3 in direktem Widerspruche. Könne sich der Betriebsinhaber durch den Einwand, daß ihm keine Verletzung der Sorgfaltspflicht zur Last falle, nicht gegen die Verurteilung schützen, so könne der gleiche Einwand auch nicht die Vollstreckung des Urteils hindern. — Dagegen Recken, Die Fassung des Urteilstenors und die Zwangsvollstreckung bei der Verurteilung des Geschäftsherrn nach § 13 Abs. 3 UnlWG., GewRschutz **14** 141. Die Urteilsformel hat in jedem Falle dahin zu lauten, daß der Beklagte verurteilt wird, die Wettbewerbshandlung zu unterlassen. Die Zwangsvollstreckung hat nach § 890 ZPO. zu erfolgen. Die Zulassung des Einwandes, daß ein Verschulden nicht vorliege, steht mit dem Inhalte des § 13 Abs. 3 nicht im Widerspruche. Das Vorliegen eines Verschuldens stellt vielmehr die Voraussetzung der öffentlichrechtlichen Maßregel dar, die das Gesetz zur Durchführung der Privatrechte gewährt. Die Strafandrohung hat die Verschuldensfrage nicht zu berücksichtigen, wohl aber kommt sie bei der Festsetzung der Strafe in Betracht.

4. OLG. **29** 254 (KG.). Die auf Grund des § 890 beantragte Strafandrohung setzt nur eine gehörig erlassene und dem Gegner in der Frist des § 929 Abs. 2 zugestellte Verfügung voraus, in der ein Verbot ausgesprochen ist, nicht aber daß bereits Zuwiderhandlungen vorliegen. Vgl. OLG. Karlsruhe 21. 5. 13 daselbst.

5. Über die Natur der Strafe aus § 890. **a)** OLG. **29** 256 (Düsseldorf). Mit der vom RG. (**RG. 36** 418 — Straffestsetzung nach Ablauf der Dauer des Verbots —, **43** 398, **53** 183) gegebenen Begründung ist der Fassung des § 890 zu entnehmen, daß es sich nicht nur um eine Vollstreckungsmaßnahme, sondern auch um eine wirkliche Strafe als Sühne für begangenes Unrecht handelt. Dann können aber, wenn die Wirksamkeit des in der einstweiligen Verfügung enthaltenen Strafgebots nicht durch Aufhebung der Verfügung als solcher beseitigt, sondern nur durch Ablauf der in ihr festgesetzten zeitlichen Grenze beschränkt ist, für vorher begangene Zuwiderhandlungen auch nachträglich Strafen festgesetzt werden. **b)** Weinmann, Unzulässigkeit der Klage auf Unterlassung einer unter öffentliche Strafe gestellten Handlung, JW. **14** 1007. Da die Strafe die Natur der Ordnungsstrafe hat, wie im Falle des § 380, so ist unrichtig der vom **RG.** JW. **11** 981 Nr. 15 aufgestellte Grundsatz, die Unterlassungsklage sei zu versagen, weil soweit der Staat als Hüter der öffentlichen Ordnung eine Strafandrohung erlassen, nicht mehr eine private Strafandrohung ergehen könne, der der Staat als Organ der Zwangsvollstreckung seine helfende Hand leisten solle. Die Ordnungsstrafe schließe anerkanntermaßen die Bestrafung auf Grund des StGB. nicht aus.

§ 891. KGBl. **15** 30 (LG. I Berlin). Für Entscheidungen über Zuwiderhandlungen ist auch ohne mündliche Verhandlung Beweisaufnahme erforderlich (vgl. **RG.** JW. **99** 180). Dagegen Samter aaO. RG. spreche nur aus, daß es ungenügend sei, die Zuwiderhandlung für glaubhaft gemacht zu erachten, sie müsse für erwiesen angesehen werden. Eine förmliche Beweisaufnahme sei nur erforderlich, wo die mündliche Verhandlung obligatorisch sei.

§ 894. OLG. **29** 258 (KG.). Die Löschung einer Mündelhypothek aus § 894 auf Grund eines Anerkenntnisurteils erfolgt ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

Literatur: Fraeb, Der Stand der Lehre vom Offenbarungseidverfahren in der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung. Rechtsgang II 39 ff.

Vorbemerkung: 1. *Fraeb aaO. weist auf die auffallende Tatsache hin, daß das Offenbarungseidverfahren nur selten einer umfassenden monographischen. insbesondere auch systematischen Untersuchung unterzogen worden ist. Die wenigen Arbeiten aus neuerer Zeit, die in diesem Zweige der Prozeßwissenschaft vorzufinden sind, sind bemerkenswerterweise durchweg nur von Praktikern unternommen. Die Theorie behandelt auch heute noch diese Lehre ganz stiefmütterlich. Die Praxis dagegen plagt sich seit Dezennien mit der Durchführung des Offenbarungseidverfahrens und sie ist noch weit davon entfernt, auch nur einigermaßen zur Einheitlichkeit durchgedrungen zu sein, und, was noch bedauerlicher ist, den Zweck, dem dieses Verfahren dienen soll, zu erreichen. An einer umfassenden Übersicht gebricht es seither. Sie wird unternommen, weil sie hier ganz besonders zweckdienlich und reformförderlich wirken muß. Da die Beseitigung des vorhandenen nicht zu enträtselnden Wirrwarrs von Zweifelsfragen auf dem Wege einer sachgemäßeren, prozessual auch richtigeren und deshalb besseren Konstruktion des Verfahrens nicht ausgeschlossen erscheint, indem sie dann einfach in dem Wegfall aller seitherigen verschieden ausgelegten Verfahrensvorschriften auch allen Meinungsverschiedenheiten ein Ende bereiten könnte, so wird versucht, am Schlusse des Sammelreferats in einem besonderen Abschnitte den eigenen Reformgedanken wenigstens in Form einer Skizze Ausdruck zu verleihen.

2. Link, Jugendfürsorge und Prozeßreform, ZBlVormWes. **14** 74/75, beklagt die besonders für die Hansestädte mangelnde Beschleunigung des Offenbarungseidverfahrens und die Unzulänglichkeit der Vermögensverzeichnisse, für die ausführliche, dem praktischen Bedürfnis entsprechende Formulare empfohlen werden.

§ 899. 1. OLG. **29** 259 (KG.). Für die Zuständigkeit zur Abnahme des Offenbarungseids gegen eine GmbH. ist der Wohnsitz der juristischen Person maßgebend. Das Schuldnerverzeichnis hat nur Wert, wenn es da geführt wird, wo es das die Einsicht suchende Publikum erwarten darf (vgl. § 807 Ziff. 3).

2. OLG. **29** 260 (Breslau). Ist eine Ergänzung des Schuldnerverzeichnisses notwendig, so hat das AG., das dem Schuldner den Offenbarungseid abgenommen hat, auch wenn der Schuldner später seinen Wohnsitz aus dem Bezirke verlegt hat, die notwendige Ergänzung durch Ersuchen des AG., in dessen Bezirke der Schuldner sich gerade aufhält, im Wege der Rechtshilfe vornehmen zu lassen.

3. OLG. **29** 261 (Hamburg). Die vertretungsberechtigten Gesellschafter sind schwurpflichtig, auch wenn das Urteil nur gegen die offene Handelsgesellschaft ergangen ist. Zu offenbaren ist das Gesellschaftsvermögen.

§ 900. 1. Neumann, JW. **14** 264. Die Leistung des Offenbarungseids erfolgt in nichtöffentlicher Verhandlung.

2. Leo, Zur Praxis der Zivilkammer IX in Offenbarungseidssachen, HansGZ. **14** Beibl. 5 ff. (gegen Voß aaO. **13** Beibl. Nr. 13). Zulässig ist der wiederholte Antrag auf Terminsansetzung zur Leistung des Offenbarungseids. Auch das Zwangsvollstreckungsverfahren hängt von den Anträgen der Parteien ab. Beachtlich ist im Widerspruchsverfahren der Einwand der Fristgewährung, Teilzahlung oder daß der Gläubiger sich verpflichtet habe, im Termine nicht Haftbefehl zu beantragen und auf bestimmte Zeit zu vertagen. Mit Rücksicht auf Ratenabmachungen und Vertagungen ist es nicht empfehlenswert, schon in der Ladung zur Leistung des Offenbarungseids den Antrag auf Erlaß des Haftbefehls zu stellen.

3. Peschke, Vertagung im Offenbarungseidverfahren, HansGZ. **14** Beibl. 209 ff., gelangt zu folgenden Ergebnissen: a) Aus der ZPO., insbesondere aus den Vorschriften über das Ruhen des Verfahrens, ergibt sich das prozessuale Recht der Parteien, auch im Offenbarungseidverfahren den Termin aufzuheben und einen neuen zu verlangen. Eine Ablehnung ist prozessual, aus welchem Grunde es sei, unzulässig. b) Die Ausübung eines prozessualen Rechtes kann durch die Motive der Parteien niemals illoyal werden, am wenigsten durch das Bestreben des Gläubigers, sein Geld zu erhalten, und das des Schuldners, die Eidesleistung und den daraus folgenden wirtschaftlichen Ruin zu vermeiden.

4. Abs. 3. Muß der über den Widerspruch des Schuldners ergehende Beschluß, auch wenn er verkündet worden ist, von Amts wegen zugestellt werden oder ist die Zustellung dem Parteibetriebe zu überlassen? Die Frage wird von Dittrich, BayRpflZ. **14** 37, im ersteren, von Seuffert und Kann aaO. 57, 113 im letzteren Sinne beantwortet (Kann meint, trotz § 496 Abs. 1 sei hinsichtlich der Zustellung der amtsgerichtlichen Beschlüsse alles beim alten geblieben. Eine Ausnahme von §§ 329 Abs. 2, 312 Abs. 2 sei bezüglich der Beschlüsse aus § 900 Abs. 3 nicht zu machen, ein Amtsinteresse bestehe nicht.)

5. Bezüglich der im Offenbarungseidsverfahren zulässigen Einwendungen bekämpft Stein (11) die herrschende Meinung, daß Glaubhaftmachung erforderlich und genügend sei. Die Glaubhaftmachung komme nur da in Betracht, wo sie im Gesetze besonders zugelassen sei. Da dieses im § 900 nicht zutreffe, müsse der Schuldner unbeschränkt mit allen zulässigen Beweismitteln zugelassen werden. Dagegen Crasemann, JW. **15** 125.

§ 901 1. MecklZ. **32** 198, OLG. **29** 263 (Rostock). Die sofortige Beschwerde gegen einen Haftbefehl kann darauf gegründet werden, daß die von Amts wegen zu prüfenden Voraussetzungen, besonders die des § 807 ZPO. nicht gegeben seien (vgl. OLG. **22** 399 ff. [KG.]). Die Behauptung, daß der Gläubiger durch die Pfändung voll gesichert sei und eine Abzahlung erhalten, enthält das Bestreiten der erfolglosen Pfändung.

2. *Nach Fraeb aaO. 234 ist zu beachten, daß die ZPO. zwei Arten von Haftbefehlen im § 901 unterscheidet. Der eine wird erlassen, weil der Schuldner in dem zur Leistung des Offenbarungseids bestimmten Termine nicht erscheint. Er wird, wenn das auch im § 901 nicht zum Ausdrucke gelangt ist, nicht sowohl zur Erzwingung der Eidesleistung als zur Erzwingung des Erscheinens vor dem Vollstreckungsgericht erlassen. Er kann deshalb dem Vorführungsbefehle des § 235 StPO. gleichgestellt werden. Wie dieser, ist er mit der zwangsweisen Vorführung in seiner prozessualen Wirkung erschöpft, so daß kein Raum bleibt zu einer nochmaligen oder weiteren Haftvollstreckung auf Grund dieses Haftbefehls. Seinem Inhalt und seiner Natur nach stellt er also nur eine einstweilige Zwangsvollstreckungsmaßnahme dar. Eine Entscheidung über die Zulässigkeit der Vollstreckung ist damit noch nicht gegeben. Die Inhaftierung auf Grund eines solchen Haftbefehls ist daher unstatthaft. Der Haftbefehl aus der zweiten Alternative des § 901 wird erlassen, weil der Schuldner ohne Grund die Eidesleistung weigert. Er ist deshalb keine Versäumnisfolge, sondern ein Zwangsmittel entsprechend der im § 888 ZPO. vorgesehenen Zwangsmaßnahme. Dieser Haftbefehl fällt nicht schon unter die Bestimmung des § 888, weil er nicht vom Prozeß-, sondern vom Vollstreckungsgericht erlassen ist. Er ist sofort nach Zustellung gemäß § 909 vollstreckbar. Die weitverbreitete Verkennung dieser Doppelnatur des Haftbefehls bildet eine Hauptfehlerquelle bei Anwendung des geltenden Gesetzes.

§ 903. 1. OLG. **29** 264 (Frankfurt). Die Voraussetzungen des § 903 sind von Amts wegen zu prüfen. Unter Umständen kann es daher

erforderlich werden, daß das Gericht von Amts wegen nicht nur das bei ihm selbst geführte Verzeichnis prüft, sondern noch andere Ermittlungen anstellt. (Auf Grund der Angabe des Schuldners, daß er bereits früher geoffenbart habe.)

2. OLG. **29** 265 (Hamburg). Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund eines bestimmten Titels. Ändert sich der Titel, so ist ein neues Verfahren zur Ableistung des Offenbarungseids erforderlich.

3. OLG. **29** 262 (Hamburg). Der Schuldner kann sich gemäß § 903 nur dann auf die frühere Eidesleistung berufen, wenn sein Vermögensverzeichnis vollständig war. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, wenn der Schuldner die angegebenen Forderungen so ungenau oder unrichtig bezeichnet hatte, daß eine Forderungspfändung nicht möglich ist.

4. R. **14** Nr. 511 (Düsseldorf). Auch für den Antrag auf Wiederholung des Eides gelten die Voraussetzungen des § 807. — Daß der Schuldner Vermögen im Sinne des § 903 erworben habe, läßt sich nicht schon daraus folgern, daß er eine gewinnbringende Beschäftigung, insbesondere ein Handelsgewerbe betreibt. Denn den Einnahmen stehen erfahrungsgemäß Ausgaben für den notwendigen Lebensunterhalt und die Betriebskosten gegenüber.

5. OLG. **29** 264 (München). Hat der Schuldner seit der Eidesleistung ganz erhebliche Einnahmen aus dem von ihm betriebenen Kaffee erzielt, wenn er auch bestimmte Beträge daraus an den Zwangsverwalter abführen muß, steht ihm also eine fortdauernde Einnahmequelle zur Verfügung, so ist wenigstens mit der Möglichkeit zu rechnen, daß er aus den Einnahmen etwas erübrigt und damit neues Vermögen erworben hat.

6. KGBl. **14** 143 (LG. I Berlin). Die Leistung des Offenbarungseids in einem Schutzgebiete beseitigt die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides in Deutschland nicht. Die ZPO. hat bei ihren die Zwangsvollstreckung betreffenden Vorschriften nur eine Vollstreckung im Auge, die im Deutschen Reiche im Sinne des Art. 1 RV. unter Anwendung der Machtmittel der inländischen Gerichtsgewalt erfolgen kann, wie z. B. die Schutzgebiete auch als Ausland im Sinne der §§ 791, 917 Abs. 2 zu gelten haben (vgl. auch die Regelung des Gerichtsstandes im § 899 ZPO.).

7. *Nach Fraeb aaO. 237 f. ist davon auszugehen, daß Einwendungen und Erinnerungen beim Vollstreckungsgerichte gemäß § 766 nur gegen solche Zwangsvollstreckungsmaßregeln des Gerichts selbst zulässig sind, die angeordnet waren, ohne daß der davon Betroffene Gelegenheit hatte, zuvor sich dazu zu äußern. Bezüglich der im Offenbarungseidsverfahren erlassenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ist dem Schuldner durch die Ladung Gelegenheit geboten, Gründe, die gegen die Anordnung gerichtlicher Vollstreckungsmaßregeln sprechen, vorzubringen. Hat der Schuldner den Termin versäumt und das Gericht in Unkenntnis der vorhandenen Hinderungsgründe eine Zwangsvollstreckungsmaßregel durch Beschluß angeordnet, so unterliegt dieser Beschluß gemäß § 793 nur noch der sofortigen Beschwerde. Die Vorschrift des § 903 ist nicht dahin zu verstehen, daß das Gericht von Amts wegen Ermittlungen anzustellen habe, um zu verhüten, eine bei Widerspruch des Schuldners nicht aufrecht zu erhaltende Zwangsvollstreckungsmaßregel anzuordnen. Diese erfolgt vielmehr auf gesetzlich vorgeschriebenem Wege in zulässiger Weise. Im Beschwerdeverfahren ist dann, wenn das infolge einer Terminsversäumnis verspätete Vorbringen des Schuldners die Vollstreckungsmaßnahmen als nicht rechtsbeständig erweist, zu prüfen, ob nicht gleichwohl dem Schuldner gemäß § 95 die durch seine Säumnis verursachten Kosten aufzuerlegen sind.

§ 911. Stepp, BayRpflZ. **14** 19. (Welcher Gerichtsschreiber ist zuständig zur Entgegennahme der nach § 911 ZPO. vorzuschießenden Haft- und Verpflegungskosten?), gelangt zu dem Ergebnisse, daß der Gerichtsschreiber des Ortes, an dem die Haft vollstreckt werden soll, die Annahme der ihm vom Gläubiger übersandten, der

Höhe der für ihn in Frage kommenden Vorschriften entsprechenden Kosten nicht ablehnen darf.

§ 915. 1. Basch, KGBl. **14** 79, führt aus, daß für bloße Auskünfte aus dem Verzeichnisse der Offenbarungseide eine Schreibgebühr nicht angesetzt werden darf, da nach § 79 GKG. Schreibgebühren nur von Ausfertigungen und Abschriften zu erheben sind. Vgl. hierzu Werner, JW. **15** 367.

2. Form des Schuldnerverzeichnisses. Levinger, BayRpflZ. **14** 40, empfiehlt die Einführung einer Karthotek (Kartenregisters).

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügung.

Literatur: Becker, Arrest wegen des Kostenanspruchs im Zivil- und Strafprozesse, RheinA. **111** II 85 ff. — Bezold, Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung gegen einen Bauunternehmer, dem die selbständige Bauausführung einer Eisenbahn übertragen ist, EisenbE. **30** 407. — Delius, Der Arrest im preußischen Zwangsverwaltungsverfahren, VerwA. **22** 22 ff. — Fränkel, Über die Zwangsvollstreckung von Arrestbefehlen in Forderungen an mehrere Drittschuldner, R. **14** 103; dagegen Hein aaO. 165. — Landau, Antragsteller und Hauptsache bei der einstweiligen Verfügung, BayRpflZ. **14** 381. — Meyer, Zuständigkeit des Gerichts für die Anordnung des Arrestes in eine Forderung, R. **14** 22. — Seyfart, ThürBl. **61** 1 ff. und Gimmerthal, AzivPr. **111** 271 ff., Über die einstweilige Verfügung des § 1716 BGB. — Kisch, Der deutsche Arrestprozeß in seiner geschichtlichen Entwicklung. — Über die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung zugunsten oder gegen Kriegsteilnehmer vgl. Stein, JW. **14** 805, v. Harder, JW. **14** 902 und R. **14** 912, Glaser, JW. **14** 906, Sauer, DJZ. **15** 202. — Über Arrest und einstweilige Verfügung zugunsten von Personen, die im Ausland ihren Wohnsitz haben, Knipschaar, DJZ. **15** 201.

§ 916. I. Becker, Arrest wegen des Kostenanspruchs, RheinA. **111** 85 ff. 1. Der Kostenerstattungsanspruch des Klägers stellt nach dem Gesetz eine Erweiterung der materiellrechtlichen Haftung des Beklagten aus dem geltendgemachten Anspruche dar; er ist daher lediglich dadurch bedingt, daß der Kläger Klage erhebt und im Prozesse obsiegt. Daher ist gemäß § 916 Abs. 2 ZPO. wegen dieses Anspruchs der Arrest zulässig, und zwar nicht nur, wenn die Klage bereits erhoben ist, sondern auch schon vorher; im letzteren Falle muß jedoch durch tatsächliche Angaben dargelegt und glaubhaft gemacht werden, daß die Klagerhebung notwendig und demnächst erfolgen wird. Der Eintritt der Bedingung des Unterliegens des Beklagten ist gleichzeitig mit der Glaubhaftmachung der den Hauptanspruch begründenden Tatsachen glaubhaft gemacht. Wegen des Kostenerstattungsanspruchs des Beklagten ist ebenfalls der Arrest möglich, aber nur nach der Klagerhebung, da er erst mit dieser, als durch das Unterliegen des Klägers bedingt, entsteht. Zur Begründung des Arrestes ist hier lediglich erforderlich die Glaubhaftmachung des Unterliegens, die dahin geht, daß die den Hauptanspruch des Gegners begründenden Behauptungen unrichtig sind.

2. Die Kostenpflicht des Verbrechers stellt eine Erweiterung seiner materiellen strafrechtlichen Haftung aus dem Delikte gegenüber dem Staate dar: der öffentlich-rechtliche Kostenanspruch des Staates ist latent und bedingt in dem Strafanspruch enthalten, er gelangt mit der Begehung der Straftat zur Entstehung. Trotzdem ist die Möglichkeit des Arrestes wegen der Unzulässigkeit des Rechtswegs zu verneinen, da das Zivilgericht zur Entscheidung in der Hauptsache nicht zuständig ist. (Vgl. auch § 926 ZPO., der die Erhebung der Hauptklage vor dem Zivilgerichte voraussetzt, und ferner den Beweisgrund des Gegenteils aus §§ 325, 326 StPO., § 140 Abs. 2 StGB. in Verbindung mit §§ 480, 325, 326 StPO., wo in einem besonderen Falle die Beschlagnahme für die den Angeschuldigten möglicherweise treffende höchste Geldstrafe und für die Kosten zulässig ist. 3. Wegen des Kostenerstattungsanspruchs des Privat- und Nebenklägers ist der Arrest zu verneinen, wenn man annimmt, daß die dem Kläger zu erstattenden Auslagen gemäß § 496 StPO. durch das Strafgericht festzusetzen sind (wegen Versagung des

Rechtswegs), — mit Becker zu bejahen, wenn man die zivilrechtliche Klage wegen der Kostenerstattung zuläßt.

II. Kostenfragen. 1. PosMSchr. **14** 71 (Posen). Die Kosten des Arrestverfahrens sind nicht ohne weiteres in die Kosten des Rechtsstreits einzubeziehen. Auch OLG. **29** 222 (Hamburg) hält daran fest, daß die Kostenentscheidung in der Hauptsache die Kosten einer nebenher ergangenen einstweiligen Verfügung nur dann umfaßt, wenn sie in der Entscheidung ausdrücklich erwähnt sind oder aus der Sachlage zu entnehmen ist, daß sie stillschweigend mitbetroffen sein sollen.

2. KGBl. **14** 73 (KG.) hält daran fest, daß im Beschluß auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung über die Kosten entschieden werden kann, da eine nach §§ 928, 929, 926 vollziehbare (wenn auch nicht vorläufig vollstreckbare) Entscheidung vorliege, was nach § 104 Abs. 1 ZPO. genüge (vgl. KGBl. **13** 61, 71 und 77). Dagegen KGBl. **15** 24 (KG. 20. Senat) im Anschluß an **RG.** 3. 3. 00, Z. f. Vollstreckungswesen **00** 88.

III. Kriegsrecht. 1. Stein, JW. **14** 805, verneint gegen Glaser, DJZ. **14** 1076 die Zulässigkeit der Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung sowohl für den Fall, daß der Kriegsteilnehmer Antragsteller, als auch daß er Antragsgegner ist. Der Antragsteller würde in ungerechtfertigster Weise privilegiert werden, wenn man eine Anordnung zuließe, gegen die weder Widerspruch noch Berufung, noch Antrag auf Fristsetzung zur Klagerhebung, noch Antrag auf Aufhebung wegen veränderter Zustände zulässig sein würde (vgl. die Ausnahme im § 3 Nr. 1 KrgsTeilnG. wegen des Widerspruchs, der gegen den persönlichen Sicherheitsarrest ausgebracht). — Gegen dritte Personen (etwa zurückgebliebene Familienangehörige) hält Stein die einstweilige Verfügung (Arrest nicht statthaft, weil sie nicht Schuldner sind) für unzulässig, da die verschleppten Sachen nicht Streitgegenstand im Sinne des § 935 seien; zur einstweiligen Verfügung aus § 940 ZPO. fehle das streitige Rechtsverhältnis. Der etwaige Anspruch auf Schadensersatz genüge nach ständiger Praxis nach § 940 nicht und ein Arrest würde nicht zur Pfändung der Sachen des Kriegsteilnehmers führen (vgl. Güthe, GruchotsBeitr. **59** 33). Dagegen v. Harder, JW. **14** 902: Wenn der Kriegsteilnehmer einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung durch seinen Vertreter beantragen könne, so sei nicht einzusehen, weshalb er dazu nicht ohne einen solchen befugt sein solle. Gegen Stein auch Glaser, JW. **14** 906: Wo die Unterbrechung Rechtsnachteile nicht nur abwenden, sondern herbeiführen würde, unterbleibe sie, möge der Kriegsteilnehmer Antragsteller oder Antragsgegner sein. — JW. **14** 989 (LG. Allenstein) und DJZ. **14** 1308 (LG. Kiel) erachten wie Stein die Zustellung unter § 2 G. vom 4. August 1914 fallend. Gegen Stein wiederum DJZ. **14** 1394 (Königsberg). (Die Zustellung der einstweiligen Verfügung gehöre nicht zum Erkenntnis-, sondern Zwangsvollstreckungsverfahren.) Ebenso R. **14** 731 (München).

2. Knipschaar, DJZ. **15** 201, führt aus, daß die Bek. des Bundesrats vom 7. August 1914 über die Geltendmachung von Ansprüchen der Personen, die im Ausland ihren Wohnsitz haben, im Verfahren betreffend Erlaß einer einstweiligen Verfügung oder eines Arrestes nicht anwendbar sei, weil nach dem Grundgedanken der Verordnung nur die Verwirklichung, nicht die bloße Sicherung der betreffenden Ansprüche unzulässig sei. (Gegen OLG. Köln 5. 1. 15 einerseits und OLG. Hamburg 28. 9. 14, DJZ. **14** 1307 andererseits.)

§ 917. 1. SächsOLG. **35** 202 (Dresden). Besorgnis im Sinne eines Arrestgrundes ist (**RG. 67** 365) eine Vorstellung, die aus gegebenen Tatsachen eine Forderung hinsichtlich des Eintritts eines künftigen Ereignisses zieht, und ist dann als gegeben zu erachten, wenn solche Tatsachen vorliegen, daß aus ihnen für einen ruhig und vernünftig erwägenden Menschen, insbesondere den Richter, die Gefährdung der künftigen Zwangsvollstreckung sich ergibt.

2. LeipzZ. **14** 1237 Nr. 8 (München) verneint die Möglichkeit der Einziehung einer Forderung als Arrestgrund, obwohl die Forderung das einzige bekannte und greifbare Vermögen des Schuldners ausmachen sollte.

3. HansGZ. **14** Hptbl. 31 (Hamburg). Kein genügender Arrestgrund für Ansprüche aus einem Schiffszusammenstoß ist der Umstand, daß das betreffende Fahrzeug wieder ausgesandt wird und die Möglichkeit besteht, daß fremde Rechte dem klägerischen Schiffsgläubigerrechte vorgehen. (Im gegebenen Falle war die volle Zahlungsfähigkeit der Reederei festgestellt.)

4. OLG. **29** 266 (Marienwerder). Hat der Gläubiger selbst seinen Wohnsitz im Auslande, so ist die Vollstreckung seiner Forderung im Auslande nicht gefährdet.

5. OLG. **29** 268 (Hamburg). Hat der Ausländer eine inländische Zweigniederlassung, die zur Befriedigung ausreicht, so ist Abs. 2 nicht anwendbar. (Im gegebenen Falle wurde die Wahrscheinlichkeit einer baldigen Aufgabe der Niederlassung verneint.)

6. OLG. **29** 266 (München). Sowohl gegenüber § 917 Abs. 1 wie gegenüber Abs. 2 muß der Arrestgrund fortfallen, wenn der Arrestkläger, sei es im Inland oder im Ausland, eine dingliche Sicherheit besitzt, deren Verwirklichung ihm eine sichere und vollständige Befriedigung gewährt. — Nur muß verlangt werden, daß die Verwertung nach ausländischem Rechte sich nicht wesentlich schwieriger gestaltet als nach deutschem Rechte.

§ 919. 1. HansGZ. **14** Beibl. 228, R. **14** Nr. 1892 (Hamburg). Das Arrestgericht bleibt zuständig, auch wenn in der Hauptsache sich das Gericht erster Instanz für unzuständig erklärt. Erst die Rechtskraft dieses Urteils hat die Wirkung, daß die Hauptsache bei diesem Gerichte nicht mehr anhängig ist.

2. BadRpr. **14** 5 (Karlsruhe) schließt sich der ständigen Praxis des RG. an, wonach für den Widerspruch einer einstweiligen Verfügung, die von einem Beschwerdegericht erlassen, das Gericht erster Instanz zulässig ist.

3. Meyer, R. **14** 22, wendet sich gegen die herrschende Ansicht, daß mit Rücksicht auf § 23 ZPO. für die Anordnung eines Arrestes auch der Ort zuständig sei, wo der Drittschuldner wohne. Es werde übersehen, daß der § 23 ZPO. ausdrücklich nur den Fall behandle, daß der zu Verklagende im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz habe. Die analoge Ausdehnung des § 23 sei gewagt, da § 23 nicht sage, die Forderung sei Gegenstand der Klage, sondern der Wohnsitz des Schuldners gelte als der Ort, wo das Vermögen sich befinde.

§ 927. 1. MSchutzuWettbew. **13** 164 (Naumburg). Veränderte Umstände, die die Aufhebung einer das Herstellen usw. von Gegenständen nach einem Gebrauchsmuster verbietenden einstweiligen Verfügung rechtfertigen könnten, liegen nicht darin, daß sich der Antragsgegner erst jetzt eidesstattliche Versicherungen über den Mangel der Neuheit des Gebrauchsmusters verschafft und erst durch neue Gutachten das richtige Verständnis für die in Betracht kommenden patentrechtlichen Gesichtspunkte erlangt haben will.

2. OLG. **29** 268 (Dresden). Die Aufhebung des zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs erwirkten Arrestes beim Konkurse des Schuldners kann mit Rücksicht darauf verlangt werden, daß das Anfechtungsrecht auf den Konkursverwalter übergeht. (Der Konkursverwalter hatte sämtliche Ansprüche der Masse gegen den Kläger an einen Dritten abgetreten. Die Möglichkeit einer Verfolgung des eigenen Anfechtungsanspruchs nach § 13 Abs. 4 AnfG. war zu verneinen.)

§ 929. 1. OLG. **29** 269 (KG.). Durch die Pfändung einer angeblichen Forderung des Schuldners wird der Arrest vollzogen. Unerheblich ist die Einrede, daß der Schuldner die Forderung abgetreten und dem Gläubiger die Ab-

tretung bekannt gemacht habe, da Kläger behauptete, daß die Abtretung ein Scheingeschäft gewesen sei.

2. R. **14** Nr. 390 (Stuttgart). Wird während der einwöchigen Frist des § 929 Abs. 3 über das Vermögen des Arrestbeklagten der Konkurs eröffnet, so muß von da an der Arrestbefehl dem Konkursverwalter zugestellt werden. Die Frist wird nicht durch eine gemäß § 207 ZPO. an den Gemeinschuldner selbst bewirkte Zustellung gewahrt. § 207 bestimmt nicht, an wen zuzustellen ist.

3. a) PosMSchr. **14** 148, ZBlFG. **14** 683 Nr. 843 b (Posen). Der Arrest gilt mit Eingang des Antrags auf Eintragung beim Grundbuchrichter als vollzogen ohne Rücksicht auf den Erfolg. Der Arrestgläubiger muß den Antrag innerhalb einer Woche nach Einreichung beim Grundbuchamte zustellen lassen. **b)** OLG. **29** 269, BayObLG. **14** 437 (BayObLG.). Die Vollziehung der Arrestpfändung in eine Buchhypothek erfolgt durch die Eintragung in das Grundbuch, nicht schon mit der Erlassung oder Zustellung des Pfändungsbeschlusses.

4. Zwangsvollstreckung von Arrestbefehlen in Forderungen an mehrere Drittschuldner. Fränkel, R. **14** 103, verneint, daß die Frist des Abs. 3 mit dem Beginne der Vollziehung selbst beginne, und führt aus, daß sie mit der Zustellung an den letzten Drittschuldner beginne. Falls die Zustellung gemäß § 207 durch Vermittlung von Behörden erfolge, trete die Zurückbeziehung gemäß § 207 nur insofern ein, als es sich um Einbehaltung der Frist von einem Monat nach § 929 Abs. 2 oder von einer Woche nach Abs. 3 handle. Im Gegensatze hierzu beginne der Lauf der Frist von einer Woche erst mit der tatsächlich erfolgten Zustellung im Auslande. — Dagegen Hein, R. **14** 165: Unter der Arrestvollziehung, an die Abs. 3 des § 929 den Beginn der Wochenfrist knüpft, kann nur der Akt verstanden werden, der dem Gläubiger gegenüber als die Vollziehung des Arrestes gilt. Dies ist nach § 207 der Tag des Antrags auf Zustellung durch das Gericht. — Nur wenn die Zustellung des Beschlusses an mehrere Drittschuldner zur Gültigkeit eines einzelnen Vollstreckungsakts nötig ist, z. B. bei der Pfändung eines Erbteils, entscheidet die letzte Zustellung. — Auch Buhe aaO. 200 rechnet die Frist des § 929 Abs. 3 für die Forderung gegen jeden einzelnen Drittschuldner von dem Zeitpunkt an, wo der Pfändungsbeschluß ihm zugestellt ist, aber er tut dies auch in dem Falle, wenn eine einheitliche Forderung gepfändet wird, für die mehrere Gläubiger vorhanden sind.

§ 930. 1. Das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht. **a)** KGBl. **14** 9 (LG. I Berlin). Das Arrestgericht ist zuständig als Vollstreckungsgericht bei Erinnerung gegen die Zulässigkeit der Arrestpfändung. **b)** BadRpr. **14** 69 (Karlsruhe). Das Arrestgericht ist als Vollstreckungsgericht für Anträge auf Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln nach §§ 775, 776 zuständig, nicht aber für Einwendungen nach § 766. **c)** OLG. **29** 175 (KG.). Für die Erinnerung ist nach der allgemeinen Vorschrift des § 764 Abs. 2 das AG. zuständig. Im Interesse der Beschleunigung ist nur die Arrestvollziehung als solche dem Arrestgericht als Vollstreckungsgericht übertragen.

2. *Lesser, BayRpflZ. **14** 269 f. Wird ein Teil der im Arrestwege gepfändeten Sachen veräußert, so hat der Gerichtsvollzieher die nicht veräußerten Sachen nach § 808 Abs. 2 ZPO. aus dem Gewahrsame des Schuldners zu nehmen. Macht die Aufbewahrung unverhältnismäßige Kosten, so ist § 930 Abs. 3 ZPO. anwendbar. Die Veräußerung der Sachen ist nicht durch Glaubhaftmachung darzutun, sondern in einem Verfahren, bei dem nach Wahl des Gerichts eine mündliche Verhandlung stattfinden kann. Unter Umständen hat das Gericht Zeugen zu vernehmen.

§ 932. RG. JW. **14** 943 Nr. 31, R. **14** Nr. 2536 a. Die Eintragung der Sicherungshypothek aus einem Arrestbefehl ist zugleich Vollstreckungsakt und grundbuch-

rechtlicher Akt. Prozeßrechtliche Voraussetzung für sie sind namentlich die in §§ 750, 928 ZPO. aufgestellten Erfordernisse, die der Grundbuchrichter in gleicher Weise zu prüfen hat, wie das Vollstreckungsgericht oder der Gerichtsvollzieher. Für eine Zwischenverfügung und die Anwendung des § 18 GBO. ist kein Raum. (Die Syndikatsklage wurde abgewiesen, weil die Nichtanwendung des § 18 GBO. im gegebenen Falle keine Amtspflichtverletzung des Grundbuchrichters darstelle. — Vgl. RJA. 11 232 [KG.].)

§§ 935, 940. I. Zum Begriffe der einstweiligen Regelung. 1. OLG. **29** 273 (Breslau). Aus der Natur der Verfügung als einer einstweiligen ergibt sich ohne weiteres, daß nicht bereits die Entscheidung über das zu sichernde Recht vorweggenommen und keine endgültige Vollziehung des Rechtes ausgesprochen werden darf. (Kläger hatte eine einstweilige Verfügung auf Übereignung der Sachen und Unterbringung in bestimmten, im Vertrage bezeichneten Räumen verlangt.)

2. ÖstZBl. **14** 276 (ÖstOGH.). (Zu §§ 371 ff. EO.) Die einstweilige Maßregel darf der endgültigen Entscheidung nicht vorgreifen, noch weniger eine Vollstreckung derselben vorwegnehmen.

3. BuschsZ. **44** 279 (Dresden). Dem Charakter einer einstweiligen Verfügung widersprechen Anträge auf solche Anordnungen, die in die Rechte der Parteien derart eingreifen, daß sie in ihren Wirkungen unverbesserlich sind. (Angewendet auf den Antrag des Käufers, die von ihm beanstandete Ware verkaufen zu lassen. Überdies sei § 935 nicht anwendbar, weil kein Recht des Beklagten gefährdet, § 940 nicht, weil kein Rechtsverhältnis von Dauer zu regeln.)

4. OLG. **28** 29 (München). Einstweilige Verfügung auf Herausgabe der Handakten gegen Sicherheitsleistung ist trotz § 32 RAO. zulässig, falls die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Rechtes des Klägers vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

5. SächsOLG. **35** 136 (Dresden). Auch die auf Zahlung einer Geldsumme gerichtete einstweilige Verfügung, zu der auch diejenige aus § 627 gehört, gewährt kein endgültiges Recht und begründet daher, ebensowenig wie ein Arrest, mit Rücksicht auf § 10 AG. einen Titel für die Gläubigeranfechtung.

II. Parteirolle. 1. Landau, Antragsteller und Hauptsache bei der einstweiligen Verfügung, BayRpflZ. **14** 381. Eine einstweilige Verfügung hat keine Änderung der Parteirolle zur Folge. Hat der Beklagte nur ein Recht auf Abweisung der Klage, nicht dagegen ein Recht auf Zwangsvollstreckung, so besteht kein Anlaß zur Sicherung der Zwangsvollstreckung (vgl. Güthe, BuschsZ. **24** 370).

2. HansGZ. **14** Beibl. 243, OLG. **29** 275, R. **14** Nr. 1324 (Hamburg). Ein Ehemann hatte in dem Gesuch auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ausdrücklich nur die Ehefrau als Gegnerin bezeichnet. Der Antrag, der Sparkasse zu verbieten, auf Sparkassenbücher, die seine Ehefrau bei ihrer Trennung von ihm heimlich mitgenommen, Beträge auszuzahlen, wurde abgelehnt. Die Sparkasse sei unbeteiligter Dritter geblieben, gegen einen solchen sei die einstweilige Verfügung unzulässig.

III. Beweislast. WürttZ. **26** 177 (Stuttgart). Aus der Fassung des § 14 Abs. 1 UnlWG. folgt, daß derjenige, der den Unterlassungsanspruch nach Satz 2 aaO. im ordentlichen Verfahren geltend macht, nur zu behaupten hat, daß die aufgestellten Behauptungen nicht wahr sind, während seinem Gegner die Beweislast für deren Wahrheit obliegt. Vor Erlaß einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung muß jedoch der Antragsteller die Unwahrheit der behaupteten Tatsachen glaubhaft machen, da der Gegner nicht zu Worte kommt und sonst mit seinen Einwendungen auf das Widerspruchsverfahren verwiesen werden würde.

IV. Zeitraum der Regelung. Von welchem Zeitpunkt an kann das Urteil im einstweiligen Verfahren Unterhalt zusprechen? LeipzZ. **14** 788 Nr. 2

(Jena). Der Unterhalt (§ 1613 BGB.) kann zwar bei Verzug des Verpflichteten für die Vergangenheit gefordert werden. Daraus folgt aber nicht, daß dafür ohne Einschränkung der Weg der einstweiligen Verfügung offensteht. Als frühester Zeitpunkt kommt der Eingang des Antrags auf Erlaß der einstweiligen Verfügung in Betracht, der das Verfahren in Lauf setzt (JW. **98** 586). Nur unter besonderen Umständen kann es zulässig erscheinen, die Nachzahlung auch für eine frühere Zeit anzuordnen, wenn die Antragstellerin durch Verpflichtungen, die sie zur Bestreitung des Unterhalts hat eingehen müssen, so gedrängt wird, daß sie in Not gerät.

V. Notwendigkeit des Erlasses. BuschsZ. **44** 516 (Colmar). Die Notwendigkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung auf Verkauf der beanstandeten, nicht abgenommenen Ware, die vom Verkäufer beantragt war, wurde verneint, da der Verkäufer das Recht des Verkaufs nach § 373 HGB., § 383 BGB. mit Änderung des Klagantrags gemäß § 268 Ziff. 3 ZPO. schon an und für sich hat.

VI. Besondere Fälle. 1. Bezold, EisenbE. **30** 407, verneint die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung gegen einen Bauunternehmer, dem die selbständige Bauausführung einer Eisenbahn übertragen ist, auf Einstellung der Sprengungen unter entsprechender Anwendung des § 26 GewO. auf Grund des Art. 124 EGBGB.

2. SeuffA. **69** 83, MecklZ. **32** 201 ff., OLG. **29** 272 (Rostock). Der Antragsgegner hatte nach der Behauptung des Antragstellers dieselben Stiere an einen anderen verkauft und wollte sie diesem, nicht dem Antragsteller liefern. Eine einstweilige Verfügung, durch die dem Antragsgegner verboten wurde, die Tiere anderweit zu veräußern, wurde für unzulässig erachtet. Es würde sonst dem Antragsteller ein Vorrang vor dem Dritten gegeben und in dessen gleichartige Rechte eingegriffen werden, da ihm der Verkäufer nicht mehr liefern könne. Daß der Käufer, der zunächst ein Urteil gegen den Verkäufer erwirken und vollstrecken lasse, den Vorrang vor anderen erwirke, sei natürliche Folge des ordentlichen Prozesses und rechtfertige nicht, das nämliche Ergebnis durch antizipierte Vollstreckung herbeizuführen. ➜ Die Entscheidung ist wenig befriedigend und beruht auf der Unterstellung, daß die Rechte Dritter von Amts wegen zu berücksichtigen seien, obwohl auch sie keinen Vorrang zu beanspruchen haben. Dem Antragsteller wird ein natürliches und selbstverständliches Recht zur Verwirklichung seines Anspruchs genommen, die selbst geschaffene Schwierigkeit des Verkäufers unverdienterweise als schutzwürdiges Interesse angesehen. ⟵

3. Gimmerthal, Über die einstweilige Verfügung aus § 1716 BGB., AZivPr. **111** 275 ff., 305 ff. Aus § 938 ZPO. in Verbindung mit § 1716 BGB. ergibt sich klar, daß der Richter nicht auf Zahlung an die Mutter oder an den Vormund zu erkennen hat, je nachdem die Kindesmutter es verlangt, daß auch nicht etwa stets Zahlung an den Vormund oder die Kindesmutter nach Wahl des Verpflichteten anzuordnen ist, sondern daß der Richter frei zu prüfen hat, wer berechtigt sein soll, Zahlung zu verlangen. — § 939 ist nicht anwendbar, weil die Vollziehung der einstweiligen Verfügung aus § 1716 durchaus eigenartig geregelt ist und deshalb die allgemeinen Vorschriften der ZPO. über die Vollstreckung, darunter auch die, daß die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung gehemmt und zur Aufhebung gebracht werden kann, nicht mehr in Betracht kommen. Ebenso unanwendbar sind die §§ 921, 925, 936, soweit sie aussprechen, daß auf erhobenen Widerspruch die Bestätigung, Abänderung oder Aufhebung von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden kann. Ebenso ist § 929 Abs. 2 nicht anwendbar, die einstweilige Verfügung des § 1716 bestimmt zeitlich ihre Vollstreckung selbst.

§ 936. 1. OLG. **29** 273 (KG.). Eine einstweilige Verfügung, die dem Gegner die Herausgabe bestimmter beweglicher Sachen aufgibt, ist „vollzogen", sobald sie

dem Gegner zugestellt ist. — Indessen muß, falls die Vollziehung von einer Sicherheitsleistung abhängt, die Sicherheit innerhalb der Monatsfrist geleistet sein (OLG. **29** 274 [KG.]).

2. **RG.** ZBlFG. **14** Nr. 841. Unzulässig ist die Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund einer einstweiligen Verfügung, es bedarf eines Arrestes.

3. BayRpflZ. **14** 214 (Nürnberg). Die Zurücknahme eines Antrags auf einstweilige Verfügung wegen Veränderung der Umstände steht nicht der Zurücknahme der Klage gleich, sie hat darum auch nicht die Folge des § 271, vielmehr ist zunächst § 93 anzuwenden (im gegebenen Falle, da der Antragsteller den Antrag zurückgezogen, sobald er die Veränderung erfahren), sodann § 91 ZPO.

§ 938. OLG. **29** 274 (Naumburg). Wenn das Gericht die Zahlung eines Vorschusses an die Ehefrau im Ehescheidungsprozeß als eine zur Abwendung wesentlicher Nachteile von der Klägerin notwendige Maßregel anordnet, so war damit von selbst ausgesprochen, daß eine Aufrechnung ausgeschlossen sein sollte.

§ 939. OLG. **29** 275 (Hamburg). Der § 939 steht in Beziehung zu § 927 und schränkt diese das Arrestverfahren betreffende Vorschrift für das Verfügungsverfahren ein. Aus § 927 Abs. 2 folgt, daß die Aufhebung durch Endurteil auszusprechen ist.

§ 940. 1. OLG. **29** 270 (München). Eine einstweilige Verfügung auf Unterhalt oder Kostenvorschuß im Rechtsstreite wegen Aufhebung der Gütergemeinschaft (§ 1468 BGB.) kann nicht auf § 627 ZPO., wohl aber auf § 940 ZPO. gestützt werden.

2. OLG. **29** 271 (Dresden). Eine einstweilige Verfügung auf Untersagung weiterer Tätigkeit bei einer dritten Firma ist unzulässig, weil kein klagbarer Anspruch des Prinzipals darauf besteht, daß der Angestellte seine Dienste bei einem Dritten aufgebe oder während der Vertragsdauer bei einem Dritten nicht tätig sei, sondern nur auf Leistung der Dienste (vgl. **RG. 72** 393).

§ 941. R. **14** Nr. 2716 (BayObLG.). Der Antragsteller ist auch bei Vermittlung seitens des Prozeßgerichts als Partei anzusehen, insbesondere hinsichtlich der Kosten.

§ 942. SeuffA. **69** 126 (München). Die kostenfällige Aufhebung der einstweiligen Verfügung gemäß § 972 Abs. 3 ZPO. unterliegt der Beschwerde und ist daher ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel (§ 794 Nr. 3).

§ 945. 1. **RG.** JW. **14** 102 Nr. 32. Der aus § 945 Ersatzberechtigte kann nur ein legitimes Interesse ersetzt verlangen. Besteht für den Kläger eine Rechtspflicht zu der Unterlassung, die ihm durch die einstweilige Verfügung aufgegeben wird, so kann ihre Anordnung und Befolgung ihm keinen Schaden verursachen.

2. HansGZ. **14** Beibl. 24 (Hamburg) verlangt von dem Schadensersatz fordernden Schuldner den Nachweis, die Sachlage habe zur Zeit der Verhängung des Arrestes von einem verständigen Manne nicht so angesehen werden können, daß sie die Besorgnis erregt, ohne die Verhängung würde die Vollstreckung vereitelt oder wesentlich erschwert werden.

3. R. **14** Nr. 110, SächsRpflA. **14** 395 (Hamburg). Erweist sich eine zum Schutze eines Patents erlassene einstweilige Verfügung deshalb nachträglich als unberechtigt, weil das Patent für nichtig erklärt ist, so ist derjenige, der die einstweilige Verfügung erwirkt hatte, selbst dann schadensersatzpflichtig, wenn er sich im guten Glauben befand.

4. SächsOLG. **35** 198 ff. (Dresden). Das über den Schadensersatz entscheidende Gericht ist nur dann an die Entscheidung des Arrestgerichts gebunden, wenn durch rechtskräftiges Urteil der Arrest aus dem Grunde aufgehoben wird, weil er mangels eines Arrestgrundes von Anfang an ungerechtfertigt gewesen. Nicht gleich steht der Fall, daß der Arrest aufgehoben wird, weil die Besorgnis nicht mehr besteht, oder wenn der Gläubiger vergleichsweise in die Aufhebung des Arrestes gewilligt hat (vgl. **RG. 58** 239, **59** 358 u. a.).

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

Literatur: Froeschmann, Fragen des Lotterierechts, JW. 14 1066. — Hermann, Hinterlegungsrichter und Aufgebotsrichter, DJZ. 14 820.

Vorbemerkung: Hermann aaO. Der Amtsrichter übt als Hinterlegungsrichter wie als Aufgebotsrichter amtliche Tätigkeiten aus, eine Justizverwaltungstätigkeit und eine rein richterliche Tätigkeit, aber er ist nicht gesetzlicher oder sonst nach § 41 Ziff. 4 ZPO. behinderter Vertreter des Fiskus.

§§ 946, 957. OLG. **29** 276 (KG.). Der Antrag ist kein materiellrechtliches Aufgebotsgesetz im Sinne der §§ 946, 957 Nr. 1, sondern nach § 1004 nur eine prozessuale Voraussetzung für die Einteilung und Durchführung des Aufgebotsverfahrens. Fehlt er oder entspricht er nicht der Form des § 947 und ist gleichwohl ein Ausschlußurteil erlassen, so liegt ein Grund, das Ausschlußurteil anzufechten, nicht vor, da der Antrag in den Nr. 2 bis 6 des § 957 nicht mitaufgeführt ist.

§§ 982, 1017. 1. OLG. **29** 277 (KG.). Das in Ansehung einer Hypothek ergangene Ausschlußurteil erstreckt sich nicht auf ein vom belasteten Grundstücke vorher abgeschriebenes Trennstück. Das Urteil hat keine rückwirkende Kraft.

2. OLG. **29** 278 (KG.). Mit der Verkündung des Ausschlußurteils gilt der Hypothekenbrief mit Wirkung für und gegen alle als kraftlos und wird durch das Urteil ersetzt, bis ein neuer Brief gebildet ist. Deshalb hat der Grundbuchrichter, wenn mit dem Antrag auf Brieferneuerung das Urteil vorgelegt wird, das zivilprozessuale Antragsrecht des Antragstellers zum Aufgebotsverfahren nicht nachzuprüfen.

3. **RG. 84** 314, JW. **14** 679. Bis zur Kraftloserklärung des Hypothekenbriefs durch das Ausschlußurteil (§ 1017) gilt der alte Brief als vorhanden. Erst auf Grund des dem Grundbuchamte vorliegenden Ausschlußurteils kann die Bildung eines neuen Briefes in Frage kommen (§ 67 GBO.). Wird unter Vorlegung des Ausschlußurteils die Bildung eines neuen Briefes beantragt, dann kann auch eine Ersatzübergabe bei diesem eintreten. Solange es aber ungewiß ist, ob der alte Brief noch vorhanden ist und solange noch ein Inhaber dieses Briefes seine Rechte aus ihm anmelden kann (§ 1016 ZPO.), bleibt für eine Ersatzübergabe kein Raum.

§§ 1004, 1017. OLG. **29** 279 (KG.). Ist der Wechsel nach dem Urteil abhanden gekommen, so kann nur gegen Aushändigung des Ausschlußurteils vollstreckt werden (**RG. 36** 105, **37** 5, **49** 132). — Die vorher zugestellte Abschrift ist der gerichtlichen Ausfertigung nicht gleichzustellen; sie gilt im Verkehre nicht als Urschrift.

§§ 1016, 1017, 1018. Froeschmann, JW. **14** 1066, bejaht die Zulässigkeit der Kraftloserklärung von Gewinnlosen im Aufgebotsverfahren. Die Rechtswirksamkeit des Ausschlußurteils kann in der Klage auf Zahlung des Gewinns auf Grund des Urteils überhaupt nicht mehr zum Gegenstande der Nachprüfung gemacht werden. Ist eine Anfechtungsklage aus § 957 Abs. 2 nicht erhoben, so stellt das Ausschlußurteil, gleichgültig, ob es rechtswirksam ergangen ist und insbesondere ohne Rücksicht darauf, ob der Inhaber des Ausschlußurteils das Los wirklich besessen hat, gemäß § 1018 alle Rechte des Inhabers aus der Urkunde oder dem Lose in vollem Umfange wieder her. Das Ausschlußurteil erzeugt auch nach dieser Richtung hin Rechtskraft, selbst wenn es in einem rechtlich unzulässigen Aufgebotsverfahren ergangen ist.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

Literatur: Kollmann, Die internationale Rechtsverfolgung im schiedsrichterlichen Verfahren, DJZ. **14** 969 ff. — W. Stein, Der gegenwärtige Stand der Schiedsgerichtsbewegung. JW. **14** 605. — Witkowski, Die Arbitrageklausel im Getreidehandel, JW. **14** 737. — Zürcher, Sachverständige und sachverständige Richter im Zivilprozesse des Kantons Zürich. Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Zürich 3 ff.

§ 1025. I. Rechtspolitisches. 1. Stein, JW. **14** 605, wendet sich gegen die Bestrebungen in der Industrie, durch einen Verband für das Schiedsgerichtswesen allgemein die ordentlichen Gerichte auszuschalten. Gegen die Schiedsgerichtsklausel in Kartell- und Syndikatsverträgen sei nichts einzuwenden, auch nicht gegen das gewerbliche Schieds- und Einigungswesen bei Lohn- und gewerblichen Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Hier seien die den streitigen Fällen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse entweder ganz einfach und klar oder die Schiedsrichter seien auf Grund besonderer Erfahrungen und spezieller Kenntnisse, die gerade im Einzelfall erforderlich seien, zur Übernahme des Schiedsrichteramts besonders geeignet.

2. Zürcher behandelt aaO. 17 ff. die Frage, welches die wünschenswerte Betätigung des Sachverständigen sei, als Gehilfe des Richters oder als Richter. Sachverständige Richter und Fachrichter hätten ihre großen Vorzüge bei der Entscheidung der in Frage kommenden Tatfragen. Indessen würde die fortschreitende Arbeitsteilung des Lebens eine unübersehbare Zahl von Fachgerichten erfordern. Als Vorzug des Gutachtens vor dem Spruche des Fachrichters wird hervorgehoben: Das Gutachten werde, bevor das Urteil in Beratung gezogen werde, den Parteien eröffnet und sie könnten zu demselben Stellung nehmen. Da nun regelmäßig wenigstens eine der beiden Parteien die Sache kenne, also in gewissem Maße sachverständig sei, werde eine sachliche Kritik an den Feststellungen und Schlüssen des Gutachtens ausgeübt, die dem Richter eine freie Stellung zum Gutachten wesentlich ermögliche und jedenfalls noch vorhandene Mißverständnisse beseitigen könne. Der vielleicht vorgefaßten Ansicht des Fachrichters ständen die Parteien wehrlos gegenüber, weil sie vor dem Urteile nicht zutage trete, und infolge dieses Mangels an Kritik des sachverständigen Ausspruchs sei auch der beamtete Richter, der mitzuwirken habe, in eine größere Abhängigkeit versetzt.

3. Kollmann, DJZ. **14** 969 ff., führt aus, für die Erreichung der Ziele der internationalen Rechtsverfolgung sei zu empfehlen, bei der Revision der ZPO. für die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche Erleichterungen zu schaffen und für diese Schiedssprüche die Erlangung der Vollstreckungsklausel im Beschlußverfahren zuzulassen. Dieses Entgegenkommen würde den übrigen Kulturstaaten den Beitritt zu einer internationalen Vereinbarung erleichtern. (Vor dem Kriege geschrieben.)

II. Die sog. Arbitrageklausel. 1. Witkowski, JW. **14** 737, ergänzt die im Jahre 1891 erschienene Abhandlung von Frommer, GoldschmidtsZ. **39** 325 ff., und bespricht die Rechtsprechung der Hamburger und Stettiner Gerichte über die Bedeutung der Arbitrageklausel im Getreidehandel. *Die Rechtsprechung schwankt in der Auslegung über die Bedeutung der Arbitrageklausel. Insbesondere neigen die Hamburger Gerichte dazu, die Klausel „Hamburger Arbitrage" im Sinne der Vereinbarung des Schiedsvertrags auszulegen, während bei der Klausel „Stettiner Arbitrage" die Zuständigkeit des Stettiner Schiedsgerichts für Qualitätsdifferenzen mangels ausdrücklicher Vereinbarung stets zu verneinen ist, für andere Differenzen dann, sobald ein Zusatz über die Abnahme mit Minderwert darauf hindeutet, daß die Vereinbarung auf die engere Arbitrage beschränkt sein soll. Für auswärtige Kaufleute lassen die Worte „Stettiner Arbitrage" allein den Ausschluß des Rechtswegs nicht klar genug erkennen, während bei Stettiner Getreidehändlern in diesem Falle für Qualitätsstreitigkeiten die Sachverständigenkommission, für andere Differenzen das Getreideschiedsgericht zuständig ist. Wenn beides beabsichtigt ist, wird der Ausdruck „Stettiner Arbitrage und Schiedsgericht" empfohlen. ➻ Ferner wird hervorgehoben: Eines Zusatzes bedarf es nicht, wenn damit lediglich die Wandelungseinrede ausgeschlossen werden soll. Denn dieser Ausschluß ist der Arbitrageklausel wesentlich (**RG. 73** 259); insbesondere enthält der Ausdruck „Stettiner Arbitrage" ebenso wie die Klausel

„freundschaftliche Berliner Arbitrage" in sich die Verpflichtung des Käufers, die Ware zu dem festgesetzten Minderwert abzunehmen. ←

2. Vgl. hierzu **RG.** R. **14** Nr. 962 über die im Zuckerhandel übliche Schiedsklausel, daß Streitigkeiten durch das Magdeburger Syndikat entschieden werden sollen, sowie über die Schiedsklausel am Schlusse der Bedingungen vom 8. Juni 1910 für den Handel mit Rohrzucker. Es ist erkannt, daß das Schiedsgericht nicht nur über rein technische oder gemischte, sondern auch über Rechtsfragen zu entscheiden hat.

III. Aus der Rechtsprechung. 1. Abschluß und Umfang des Schiedsvertrags. a) **RG.** R. **14** Nr. 391, 392. Ein Schiedsvertrag liegt vor, wenn diese Bezeichnung ausdrücklich gewählt, auf die ZPO. verwiesen und der Streitpunkt nicht bloß rein technischer Natur ist. Im Zweifel gilt der ganze Umfang des Streites als dem Schiedsgericht überwiesen. Vgl. auch § 1041 Ziff. 4. b) R. **14** Nr. 1894, OLG. **29** 293 (BayObLG.). Für den Streit über eine nachträglich vereinbarte Ersatzleistung ist das im ursprünglichen Vertrage vorgesehene Schiedsgericht an sich nicht zuständig. c) OLG. **29** 280 (München). Überträgt der Vertrag einem Schiedsgerichte die Entscheidung über die Auslegung gewisser Bestimmungen, so ist die Zuständigkeit nicht auf Streitigkeiten über die Erfüllung des Vertrags auszudehnen. d) R. **15** Nr. 91 (Stuttgart). Auch Teile eines Rechtsverhältnisses können Gegenstand eines Schiedsvertrags sein, wenn so der Rechtsstreit durch einen dem Urteile des ordentlichen Richters gleichen Spruch erschöpft werden soll. e) OLG. **29** 281 (Hamburg) darüber, ob Vereinsschiedsgerichte unter § 28 BörsG. fallen.

2. Abhängigkeit des Schiedsvertrags vom Hauptvertrage. **RG.** JW. **14** 773 Nr. 19. Die Frage nach der Rechtswirksamkeit des Hauptvertrags erscheint grundsätzlich trennbar von der Frage nach der Rechtswirksamkeit des beigefügten Schiedsvertrags. Daher bildet bei einem im Beschlußverfahren nach §§ 1045, 1029 Abs. 2 ZPO. entstehenden Streite der Parteien über die Rechtswirksamkeit ihrer vertraglichen Abmachungen nur die Lösung der zweiten, nicht auch die Lösung der ersten der bezeichneten Fragen für den Beschlußrichter eine notwendige Voraussetzung seiner Entscheidung über den ihm unterbreiteten, auf Ernennung eines Schiedsrichters gerichteten Antrag.

3. Abtretung der Rechte aus dem Schiedsabkommen. **RG.** JW. **14** 90 Nr. 20. Die Rechte aus einem Schiedsabkommen können in Verbindung mit der Abtretung der Forderungsrechte aus dem Vertrage, welchem jenes Abkommen als Nebenvertrag beigefügt ist, übertragen werden. Der Abtretung der aus dem Hauptvertrage hervorgehenden Forderungsrechte, bei welcher des Schiedsabkommens keine Erwähnung geschieht, wird sogar regelmäßig die Wirkung zukommen, daß auch die Rechte aus dem Schiedsvertrag auf den Zessionar übergehen. Eine abweichende Beurteilung wird nur dann einzutreten haben, wenn der Wille der Parteien, die das Schiedsabkommen getroffen haben, ersichtlich die Wirkungen dieses Abkommens an ihre Person knüpfen (vgl. **RG. 56** 182).

4. Zum Rezeptum. a) **RG.** SeuffA. **69** 301 vgl. schon JDR. **12** zu § 1028. b) HansGZ. **14** Beibl. 26 (Hamburg) (vgl. schon JDR. **12** Ziff. 6). Der Schiedsrichter haftet nur für vorsätzliche Schadenszufügung.

§ 1027. *Fischbach, ElsLothJZ. **12** 200 f., Derselbe, RheinZ. **12** 206 f. Die reichsgesetzliche Bestimmung des § 1027 ZPO., wonach bei einem mündlich abgeschlossenen Schiedsvertrage jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag verlangen kann, kann weder durch Landesgesetz und noch weniger durch ein Börsenschiedsgerichtsstatut dahin abgeändert werden, daß ein schriftlicher Schiedsvertrag die unumgängliche Voraussetzung zum Wirksamwerden des Schiedsgerichts ist. Ist daher in einem Börsenschiedsgerichtsstatute bestimmt, daß das Schiedsgericht nur in Tätigkeit tritt, wenn das bei der

Börse eingeführte Schiedsvertragsformular von beiden Parteien unterzeichnet ist, so will diese Bestimmung nur eine formale Voraussetzung für das Zusammentreten des Schiedsgerichts selbst festsetzen; das Gericht will sich dadurch Sicherheit dafür verschaffen, ob wirklich ein Schiedsvertrag zwischen den Parteien vorliegt, ohne genötigt zu sein, in eine materielle Prüfung des Vertrags einzutreten. Das Börsenschiedsgericht kann, auch beim Vorliegen eines schriftlichen Vertrags über das Börsengeschäft mit Schiedsgerichtsklausel, die Unterzeichnung des statutenmäßig noch vorgesehenen Schiedsgerichtsformulars verlangen, und darf also z. B. bei Weigerung einer Partei, das Formular zu unterzeichnen, nicht in Tätigkeit treten. Der anderen Partei bleibt in einem solchen Falle nichts anderes übrig, als auf Unterzeichnung des Schiedsgerichtsformulars auf Grund des mündlich oder schriftlich geschlossenen Schiedsvertrags bei dem ordentlichen Gerichte zu klagen. Örtlich zuständig für diese Klage ist das im Schiedsvertrag angegebene (bei Formularen, wie sie an größeren Börsenplätzen üblich sind, vorgedruckte) Amtsgericht des Sitzes der Börse, sonst das Amtsgericht des Wohnsitzes des Schuldners.

§ 1028. 1. **RG.** R. **14** Nr. 963. Die Auswahl der Schiedsrichter kann im Schiedsvertrag auch einem beliebigen privatrechtlichen Verein oder einer Interessengemeinschaft überlassen werden.

2. OLG. **29** 285 (Hamburg). Ist der Beklagte verpflichtet, den Antrag auf Entscheidung des Schiedsgerichts mit zu unterzeichnen, so ist hierauf zu klagen und die Unterzeichnung im Wege des § 888 zu erzwingen. (Nicht entschieden die Frage, ob nach Erschöpfung der Zwangsmittel der Rechtsweg für eröffnet gelten muß.)

§ 1029. 1. OLG. **29** 283 (Hamburg). § 1029 gilt auch gegenüber Ausländern, sofern als Parteiwille gilt, daß deutsches Recht für die Rechte und Pflichten beider Teile maßgebend sein soll.

2. OLG. **29** 283 (München). Hat nach dem Schiedsvertrage jede Partei einen Schiedsrichter, die beiden zusammen einen Obmann zu wählen, so kann in Ermangelung einer Einigung nicht das Gericht den Obmann ernennen. § 1029 Abs. 2 kann nicht ausdehnend ausgelegt werden.

3. R. **14** Nr. 1325, BayRpflZ. **14** 175 (Nürnberg). Nichtig ist die Satzungsvorschrift, wonach über die Brandversicherungsentschädigung eines Mitglieds die verstärkte Vereinsverwaltung und auf Beschwerde die Generalversammlung als Schiedsgericht entscheidet.

§ 1032. 1. R. **14** Nr. 515 (Nürnberg). Die Ablehnung eines Schiedsrichters findet nicht mehr statt, wenn die Ablehnungstatsachen dem Ablehnenden bei der Verhandlung vor dem Schiedsrichter bekannt waren. Ob er deren Bedeutung als Ablehnungsgrund damals kannte, ist belanglos.

2. **RG.** R. **14** Nr. 964. Wer sich wissentlich einem aus Interessenten gebildeten Schiedsgericht unterwirft, gibt damit zu erkennen, daß er mehr Wert auf Geschäftserfahrung und Sachkunde, als auf mangelndes Interesse des Schiedsrichters legt. Dabei ist es auch ohne Bedeutung, ob die Schiedsrichter den Parteien beim Abschlusse des Vertrags schon bekannt waren.

3. Vgl. JDR. **12** Ziff. 1 a jetzt auch SeuffA. **69** 85 (Hamburg).

§ 1034. 1. BayRpflZ. **14** 52 (Nürnberg). Da im schiedsrichterlichen Verfahren die Parteien kein Recht auf fortgesetztes rechtliches Gehör haben, so müssen sie von vornherein auch vorsorgliche Ausführungen und Erklärungen abgeben. — Vgl. dagegen den Fall SeuffA. **69** 127 (Dresden), wo Verweigerung des rechtlichen Gehörs angenommen wurde, weil dem Beklagten nicht Gelegenheit gegeben war, sich über eine, eine völlig neue Frage betreffende Urkunde zu äußern.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2717, 2718. Das Schiedsgericht ist nicht verpflichtet, die Parteien gleichzeitig zu hören. Das rechtliche Gehör ist genügend gewahrt, wenn der Gegner die Möglichkeit hat, von den Eingaben und Belegen des Klägers Kenntnis

zu nehmen. Gleichgültig ist, ob das Schiedsgericht erklärt hatte, daß es bereits zu einer Entschließung gelangt sei. (Dem konnte der Kläger entgegentreten oder die Schiedsrichter mit Rücksicht auf die schon vor seiner Anhörung gefaßte Meinung ablehnen.)

3. SeuffA. **69** 46 (Braunschweig). Auch nachträgliche Kostenentscheidungen der Schiedsgerichte unterliegen den formellen Vorschriften über Schiedsurteile. Die Regeln der §§ 103 ff. ZPO. sind für das schiedsrichterliche Verfahren unanwendbar.

4. **RG.** R. **14** Nr. 240. Für Schiedssprüche ist im Hinblick auf § 1034 ZPO. für zulässig zu erachten, daß Aussprüche, die lediglich in den Gründen enthalten sind, als der Rechtskraft fähige und teilhaftige Entscheidungen aufgefaßt werden. Solche Auffassung liegt besonders nahe für Aussprüche über Streitpunkte, von denen ein erhobener Anspruch auf Leistung abhängt.

§ 1036. SeuffA. **69** 301 (München). Um die Anrufung des ordentlichen Gerichts nach § 1036 zu rechtfertigen, ist nicht ein strenger Nachweis dafür erforderlich, daß die Zeugen freiwillig nicht erschienen seien, sondern es muß genügen, wenn nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß mit einem freiwilligen Erscheinen der Zeugen nicht zu rechnen ist.

§ 1039. 1. OLG. **29** 286 (Hamburg). Der Schiedsrichter kann sich im Schiedsspruche sein *eigenes Honorar* dem Betrage nach nicht zusprechen.

2. OLG. **29** 287 (Hamburg). Das Gesetz *fordert nicht*, daß die Schiedsrichter den Spruch *am Tage der Abfassung* unterschrieben haben. Unrichtige Datierung ist unerheblich.

3. OLG. **29** 288 (Celle). Die Vorschrift, daß die Ausfertigung von *sämtlichen Schiedsrichtern zu unterschreiben*, ist zwingend. Es genügt daher nicht, wenn die Ausfertigung durch einen im Auftrage der anderen Schiedsrichter unterzeichnet ist.

§§ 1040, 1042. 1. **RG.** R. **15** Nr. 93. Ein Vollstreckungsurteil kann nicht erwirkt werden für Ansprüche, die zur Zwangsvollstreckung keinen Anlaß bieten.

2. **RG.** R. **14** Nr. 394, WarnE. **14** 94 (in Bestätigung des Urt. OLG. **29** 291 [KG.]). Indem das Gesetz den Schiedsspruch einem rechtskräftigen gerichtlichen Urteile gleichstellt, gewährt es die Möglichkeit, sich seiner ohne Vollstreckungsurteil insoweit zu bedienen, als es sich nicht um die Vollstreckung, sondern um die Verwertung des Spruchs als Grundlage für die Verfolgung eines aus ihm hergeleiteten Anspruchs im Prozeßwege handelt (Leistungsklage auf Grund rechtskräftiger Feststellung durch Schiedsspruch). Freilich ist die notwendige Folge, daß dem Gegner, solange das Vollstreckungsurteil nicht erlassen und dadurch der Schiedsspruch unanfechtbar geworden ist, das Recht zustehen muß, schlechthin und ohne Verweisung auf den Weg der Klage nach § 1041 Aufhebungsgründe geltend zu machen.

§ 1041. 1. **RG.** WarnE. **14** 93. Einer Partei, die sich vor einem vom Gegner zur Entscheidung über einen bestimmten Anspruch angerufenen Schiedsgericht in sachliche Verhandlung, ohne in irgendeiner Weise die Zulässigkeit des Verfahrens zu bemängeln, vorbehaltlos eingelassen hat, steht es nicht frei, nachträglich die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens unter Berufung darauf geltend zu machen, daß das Schiedsgericht überhaupt nicht oder zurzeit nicht, jedenfalls aber in dieser Zusammensetzung nicht für die Entscheidung des Streites zuständig sei. — Dasselbe gilt bezüglich des Einwandes, daß einzelne besondere Streitpunkte ausdrücklich dem Schiedsgericht entzogen seien. Denn selbst wenn der schriftliche Vertrag diese Streitpunkte von der Schiedsgerichtsklausel ausgenommen hätte, stand es den Parteien frei, durch beiderseitiges, wenn auch durch vorbehaltloses Verhandeln vor dem Schiedsgericht erklärtes Übereinkommen die Zuständigkeit auf diese Streitigkeiten zu erstrecken.

2. R. **14** Nr. 1895, 1896 (BayObLG.). a) Der Einwand der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts braucht nicht mit ausdrücklichen Worten erhoben zu sein; er kann sich aus dem Vorbringen von selbst ergeben. b) Die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs ist keine Feststellungsklage, sondern eine Rechtsgestaltungsklage. Sie kann der Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils gegenüber als Widerklage erhoben werden.

3. OLG. **29** 290 (Karlsruhe). Die Parteien können auf jeden verzichtbaren Angriff gegen den Schiedsspruch verzichten, somit auch auf dessen Anfechtung aus § 1041 Ziff. 4 ZPO.

4. **RG.** R. **14** Nr. 395. Ein Mangel der Begründung im Sinne der Ziff. 5 liegt nicht vor, wenn die Schiedsrichter ihren sachverständigen Schätzungen und Annahmen nicht überall nähere Erläuterungen beigefügt haben.

§ 1045. 1. R. **14** Nr. 396, OLG. **29** 287 (Hamburg). Die Parteien können auf das Recht der Ablehnung der Schiedsrichter verzichten. Demgegenüber ist die Überweisung der Entscheidung an eine Behörde (AG. oder LG.) oder eine Person ein Minderes. Die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts kann also für das Ablehnungsverfahren ausgeschlossen werden.

2. HessRspr. **14** 273 (Darmstadt). In dem Beschlusse, durch den gemäß § 1045 ZPO. ein Schiedsrichter ernannt wird, ist über die durch Beschluß entstandenen Kosten nicht zu entscheiden. Diese Entscheidung ist im Endurteile zu fällen; die Kostenlast trifft den schließlich unterliegenden Teil.

3. SeuffA. **69** 206 (Cassel). Der Anwaltszwang erstreckt sich nicht bloß auf die mündliche Verhandlung, sondern auf das ganze Verfahren vor dem Prozeßgericht, also auch auf die im Verfahren nach § 1045 ZPO. abzugebenden Erklärungen.

Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. a) Kößler, BuschsZ. **44** 3. Aufgabe der FG. ist, die Bewegungen des rechtlichen Verkehrs zu erleichtern und zu sichern, die aus der Unvollkommenheit der menschlichen Verhältnisse für die Ausübung der Rechte erwachsenden Hindernisse zu beseitigen und dahin zu wirken, daß nicht die rechtliche Stellung, die das Gesetz dem einen in seinem wirtschaftlichen Wirkungskreise gewährt, dem anderen zum Schaden gereiche. — (29): Beteiligter im Sinne des FGG. ist, wer durch die zur Erwägung stehende Verfügung in erster Linie betroffen und in seinen Rechten gefährdet oder beeinträchtigt werden würde. **b)** Brauns, BuschsZ. **44** 227. FG. ist die Mitwirkung der Gerichte bei Gestaltung der Privatrechtsordnung, somit bei Begründung, Fortentwicklung und Veränderung von Privatrechtsverhältnissen, während die streitige Gerichtsbarkeit sich die Aufrechthaltung der bestehenden Privatrechtsordnung zum Ziele setzt. **c)** Josef, HoldheimsMSchr. **13** 179, s. unten § 12 unter VI 5. **d)** Oppermann, ZBlFG. **14** 1. Von der Verwaltungstätigkeit unterscheidet sich die FG. dadurch, daß es sich bei ihr stets um die Verwirklichung der Rechtsordnung in bezug auf ein konkretes Privatrechtsverhältnis handelt. Der FG. fehlt der charakteristische Konflikt zweier gegensätzlicher Interessen, wie im Zivilprozeß; ebenso fehlt ihr aber das Charakteristische der Verwaltung: die Einseitigkeit der Verfolgung der öffentlichen Interessen (FDR. **11** 1066 unter 14).

2. a) *Josef, ZBlFG. 14 509. Auch für vollstreckbare Schuldtitel der FG., also für vollstreckbare Urkunden, für die bestätigte Auseinandersetzung und für die bestätigte Dispache, ist die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung in der ZPO. geregelt; allein nach § 797 ZPO., §§ 98, 158 FGG. wird die vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunden erteilt von dem Gerichte, das diese Urkunden aufgenommen hat, also vom Gerichte der FG. Folglich ist die Erteilung der Klausel, obwohl sie nach den Vorschriften der ZPO. erfolgt, für die der FG. angehörigen Vollstreckungstitel zu einer Angelegenheit der FG. gemacht und es regelt sich daher die Ausschließung des Richters, des Gerichtsschreibers und des Notars von dieser Amtstätigkeit nach § 6 FGG. sowie Artt. 2, 84 PrFGG., ebenso die Ausweispflicht eines Vertreters nach § 13 FGG. Desgleichen erfolgt die Entscheidung über Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel (§ 797 Abs. 3 ZPO.) sowie über Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung im Verfahren der FG. Die allgemein als richtig angenommene Ansicht, daß, wenn eine Angelegenheit in der ZPO. geregelt ist, sie stets zur streitigen Gerichtsbarkeit gehöre, ist danach, soweit die Erteilung der Vollstreckungsklausel bei Urkunden der FG. in Frage kommt, nicht richtig. Vgl. zu § 19 unter 3 und dagegen betr. die Ausschließung v. Amelunxen, DNotV. 14 620, unten 2 zu § 170. b) v. Amelunxen, DNotV. 14 620. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel, obwohl teilweise in der ZPO. geregelt, ist dennoch keine Art der streitigen, sondern der FG. immer dann, wenn es sich um eine Urkunde der FG. handelt.

3. *Josef, WürttZ. 14 225. Der § 130 BGB. handelt nur von der Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, bezieht sich also nicht auf Verfahrenshandlungen in der FG. Nichtsdestoweniger ist er auch auf diese sinngemäß anzuwenden; eine Beschwerdeerklärung wird also erst wirksam, wenn sie dem Gerichte zugeht, und sie ist wirksam, auch wenn nach ihrer Abgabe (Absendung) der Beschwerdeführer stirbt oder geschäftsunfähig wird. Auch der dem Abs. 2 des § 130 weiter zugrunde liegende Rechtsgedanke, daß der vor der Absendung eingetretene Tod des Erklärenden das Wirksamwerden der Erklärung hindert, diese insbesondere nicht durch eine nachträgliche Absendung von seiten des Erben herbeigeführt wird, gilt für Verfahrenshandlungen der FG., also auch für den reinen Eintragungsantrag des § 13 GBO. — Vgl. zu § 100 unter 2 b und zu § 128 unter 2.

4. *Josef, Rechtsvermutungen aus Verfügungen der FG., ZBlFG. 14 152. Materiellrechtliche und prozeßrechtliche Erörterungen über die Wirkungen der Rechtsvermutungen, die durch einen Rechtspflegeakt von Behörden der FG. ins Leben gerufen werden, insbesondere bei Eintragungen (JDR. 11 1064 unter 4).

5. a) *Josef, JW. 13 1032. Das Gericht der FG. hat zur gesicherten Feststellung von Rechten beizutragen, folglich Amtshandlungen abzulehnen, die offenbar unwirksam sind; dieser Grundsatz gilt im ganzen Rechtsgebiete der FG. und hat für den Fall des Art. 40 Abs. 2 PrFGG. nur einen besonderen Ausdruck gefunden. Das Gericht muß eine zu Unrecht erteilte Bescheinigung wieder einziehen, da das Inverkehrbleiben ungesetzlicher Zeugnisse der öffentlichen Ordnung widerstreitet. b) *Josef, PosMSchr. 14 88. 1. Im Verfahren der FG. gilt der Grundsatz: a) daß eine Amtshandlung, deren rechtliche Zulässigkeit zweifelhalt ist (wofern nicht etwa, wie bei Eintragungen, formale Gesichtspunkte in Betracht kommen), dann vorzunehmen ist, wenn ihre Vornahme niemandem Schaden, ihre Ablehnung aber den Beteiligten Nachteile bringen kann, b) daß dagegen das Gericht Amtshandlungen, deren Unwirksamkeit ohne weiteres, d. h. ohne daß es der Anstellung von Ermittlungen und der Entscheidung zweifelhafter Rechtsfragen bedarf, feststeht, zu unterlassen hat. 2. Daher hat insbesondere das Nachlaßgericht a) die Verwahrung und Eröffnung eines Testaments, dessen Gültigkeit aus rechtlichen

oder tatsächlichen Gründen zweifelhaft ist, zu bewirken, so namentlich ohne Prüfung, ob es durch ein späteres widerrufen ist (§ 2254 BGB.) oder mit einem späteren in Widerspruch steht (§ 2258), ob bei Durchstreichungen die Vermutung des § 2255 begründet ist oder ob die Unwirksamkeit der Verfügungen des einen Gatten im gemeinschaftlichen Testament auch die Unwirksamkeit derer des anderen Gatten nach sich zieht (§ 2270), b) jene Amtshandlungen dagegen abzulehnen, wenn die Ungültigkeit des Testaments ohne weiteres klarliegt, z. B. wenn beim Nottestamente klarliegt, daß keine der im § 2252 Abs. 2—4 bezeichneten Voraussetzungen vorhanden ist, oder wenn das öffentliche Testament dem Erblasser aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben war (§ 2256 Abs. 1, 2).

6. a) Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Tätigkeit des Gerichts der FG. s. zu § 12 unter VI. b) Einwirkung des Hervortretens streitiger Rechtsverhältnisse auf die Tätigkeit des Gerichts der FG. s. zu § 12 unter I zu 6.

7. HansGZ. **13** Beibl. 124, ZBlFG. **14** 28 Nr. 14 (Hamburg). Festsetzung des Streitwerts in Angelegenheiten der FG. regelt sich ausschließlich nach den Landesgesetzen.

8. Dannhausen, DNotV. **13** 372. Beurkundung von Testamenten ist als rechtsgeschäftlich im Sinne der §§ 167 ff. FGG. den Gerichten wie den Notaren durch das BGB., also durch Reichsgesetz übertragen (JDR. **5** 989).

9. KGJ. **44** 163, RJA. **12** 240, ZBlFG. **14** 412, R. **13** Nr. 2783 (KG.). Vereinssachen gehören trotz der Bestimmung des § 60 Abs. 2 ZPO. zu den Angelegenheiten der FG. Über Beschwerde und Beschwerdeberechtigung in ihnen s. zu § 19 unter 4 und zu § 20 unter V.

10. KGJ. **45** 1. Zu den Angelegenheiten der FG. gehören nicht nur die durch die Hinterlegungsordnung den Gerichten zugewiesenen Angelegenheiten, sondern auch die durch andere Landesgesetze den Gerichten zugewiesene Entscheidung über hinterlegte Beträge.

11. Einheitlichkeit des Amtsgerichts als Behörde der FG. (JDR. **9** 866 unter 7, **11** 1064 unter 6). a) KGJ. **42** 89 (JDR. **11** 1064 unter 6), jetzt auch RJA. **12** 105, R. **13** Nr. 1892. b) Hiergegen *Josef, AZivPr. **111** 322. Reicht der Vater (Vormund) eine von ihm für das Kind (den Mündel) abgegebene Erbschaftsausschlagungserklärung dem AG. ein mit dem Antrage, dieses möge als Vormundschaftsgericht die Erklärung genehmigen und die so rechtswirksam gewordene Erklärung demnächst als gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt ansehen, und liegt die Bearbeitung der Vormundschafts- wie der Nachlaßsachen einem und demselben Richter ob, so ist mit dem Zeitpunkte, wo die vom Richter gemäß §§ 1828, 1643 Abs. 3 angeordnete Bekanntmachung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung an den Vater erfolgt, die Erbschaftsausschlagung als gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt, also als rechtswirksam erfolgt anzusehen. — Hat dagegen der Richter, dem die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts obliegen, nicht zugleich die des Nachlaßgerichts, so erwächst ihm die Amtspflicht, die Erbschaftsausschlagungserklärung, sobald dem Vater die Genehmigung bekanntgemacht ist, der für die Bearbeitung der Nachlaßsachen zuständigen Abteilung vorzulegen. Erst mit dem Augenblicke, wo diese Vorlegung erfolgt, ist die Erbschaftsausschlagung gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt, also wirksam geworden. Denn wenngleich das AG. eine einheitliche Behörde ist, so hat doch bis dahin eine wirksame Ausschlagungserklärung nicht vorgelegen, und der Richter, der die Sache bis dahin bearbeitete, hat von ihr lediglich in seiner Eigenschaft als Vormundschaftsrichter Kenntnis genommen. Dieser Richter ist aber nicht Vorsteher und Vertreter des Nachlaßgerichts, und er bringt dieses dadurch zum Ausdrucke, daß er die Herübergabe der Urkunde an die für Nachlaßsachen

zuständige Abteilung anordnet. c) KGJ. **44** 233. Wird das Grundbuch bei demselben AG. geführt, das als Nachlaßgericht zur Ausstellung des Überweisungszeugnisses betr. eines bei der Auseinandersetzung einem Beteiligten zugewiesenen Grundstücks zuständig ist, so kann die Auflassung vor dem Nachlaßrichter auch dann wirksam erfolgen, wenn dieser nicht der zuständige Grundbuchrichter ist und nicht in dessen Vertretung zu handeln beabsichtigt. d) *Josef, BadRpr. **13** 215, AZivPr. **111** 322. Nimmt der Amtsrichter im Prozeßvergleiche die Erbschaftsausschlagung (also eine unmittelbar auf diese gerichtete Erklärung) entgegen, und ist das Prozeßgericht zugleich Nachlaßgericht, so ist mit dem Abschlusse des Vergleichsprotokolls die Erbschaft rechtswirksam ausgeschlagen, auch wenn die Verrichtungen des Prozeßrichters und die des Nachlaßrichters verschiedenen Beamten obliegen. Es ist auch nicht erforderlich, daß der Prozeßrichter zum besonderen Ausdrucke bringt, er habe zugleich als Nachlaßrichter handeln wollen. Denn das AG. ist eine einheitliche Behörde, so daß jeder Amtsrichter das AG. in seiner vollen gerichtsverfassungsmäßigen Zuständigkeit vertritt und die Gültigkeit der Handlung eines Amtsrichters nicht dadurch berührt wird, daß sie nach der Geschäftsverteilung einem anderen Amtsrichter obliegt. Gleichgültig ist dabei, daß die Erbschaftsausschlagung eine für das Gericht bestimmte Erklärung ist und daß ihre Aufnahme in den Prozeßvergleich mit dem ordnungsmäßigen inneren Geschäftsbetriebe nicht vereinbar ist. Denn jene Erklärung dient zur Vollziehung des Vergleichs, und Rücksichten des formellen inneren Dienstbetriebs können nichts an der materiellen Gültigkeit der Erklärung ändern. e) α. OLG. **26** 349 (Colmar). Behörden können von Erklärungen, die ihnen gegenüber abzugeben sind, nur in der Person ihrer zur Wahrnehmung der behördlichen Obliegenheiten berufenen Organe Kenntnis nehmen. Der mündliche und schriftliche Verkehr mit Behörden muß sich daher der Organisation, d. i. den Einrichtungen der Behörden, anpassen. Das Bestehen von Einrichtungen, welche ein einheitliches Zusammenwirken der verschiedenen Organe einer und derselben Behörde gewährleisten, darf dabei allerdings vorausgesetzt werden, aber doch nur im Rahmen dessen, was tunlich und üblich ist. β. Dagegen *Josef, AZivPr. **111** 339. Eine gesetzliche Vorschrift wonach ein Beteiligter, der beim AG. schriftliche Erklärungen in verschiedenen Rechtsangelegenheiten abgeben will, für jede Angelegenheit eine besondere Erklärung einreichen müßte, besteht nicht. Das AG. hat vielmehr, wenn dasselbe Schriftstück Erklärungen in verschiedenen Rechtsangelegenheiten enthält, jede Erklärung so zu berücksichtigen, als ob sie in einem besonderen Schriftstück abgegeben wäre, und es kann eine Frist nicht deshalb als versäumt ansehen, weil die zur Wahrung der Frist bestimmte Erklärung nicht abgesondert, sondern zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben ist und nicht ausdrücklich zu den Akten gerichtet war, in denen die Rechtsangelegenheit bearbeitet wird. Es ist z. B. die Frist zur sofortigen Beschwerde in einer Vormundschafts- oder Nachlaßsache gewahrt, auch wenn die Beschwerdeerklärung in einem Schriftstücke enthalten ist, das zugleich eine grundbücherliche Erklärung enthält und vom Gerichte zunächst bei den Grundakten in Behandlung genommen und dort aufbewahrt wird. Das gilt auch dann, wenn beim AG. mehrere Abteilungen bestehen. Denn das AG. ist eine einheitliche Behörde; ob bei einem AG. mehrere Abteilungen bestehen und die Geschäftsverteilung unter ihnen ist Sache des inneren Dienstbetriebs, also für das materielle Recht gleichgültig. Nimmt der Vorsteher einer Abteilung wahr, daß ein ihm vorgelegtes Schriftstück zugleich auch Erklärungen in Rechtsangelegenheiten enthält, deren Bearbeitung anderen Abteilungen obliegt, so hat er dafür Sorge zu tragen, daß das Schriftstück demnächst auch den anderen Abteilungen vorgelegt wird, die in geeigneter Weise hiervon aktenmäßig Vermerk zu machen haben.

12. Anwendbarkeit von Vorschriften der ZPO. (JDR. **9** 866 unter 10). a) *Josef, BuschZ. **44** 490. Während die Befugnisse des Ge-

richts der streitigen Gerichtsbarkeit, namentlich auch betreffs der zulässigen Entscheidung, durch feste Vorschriften streng geregelt sind, ist dies in der FG. nicht der Fall. So kann z. B. hier das Gericht, bevor es die Entscheidung erläßt, in allen Fällen eine vorläufige Maßregel treffen. **b)** RJA. **12** 14 (KG.). Der Grundsatz des Zivilprozesses, daß unbestrittene Parteibehauptungen ohne weiteres als wahr hinzunehmen sind und nur das Vorbringen der Parteien zu berücksichtigen sei, gilt nicht im Verfahren der FG.

13. Wirksamkeit der Verfügungen der FG. für andere Behörden (JDR. **11** 1065 unter 12). **a)** *Josef, Nichtigkeit von Verfügungen der FG., LeipzZ. **13** 593. Die Rechtmäßigkeit der Verfügungen des Gerichts der FG., also auch der in Handelssachen ergehenden, unterliegt zwar der Nachprüfung anderer Behörden, insbesondere des Prozeßgerichts. Die Verfügung ist nichtig, aber nur, wenn sie sich entweder darstellt als Ausübung einer vermeintlichen Befugnis, die der Staat sich selbst nicht beilegt (z. B. Bestellung eines Vorstehers für die offene Handelsgesellschaft, Festsetzung der Vergütung der Liquidatoren, Entscheidung einer Meinungsverschiedenheit unter ihnen), oder wenn für den Erlaß der Verfügung gesetzliche Voraussetzungen vorgeschrieben sind, die so wesentlich sind, daß nach der erkennbaren Absicht des Gesetzes bei ihrem Fehlen der Verfügung die Rechtswirkung versagt sein soll (z. B. Bestellung von Liquidatoren ohne Antrag) oder wenn die Verfügung erlassen ist von einem sachlich unzuständigen Gericht. In allen anderen Fällen ist die Rechtmäßigkeit der in Handelssachen ergangenen Verfügung der Nachprüfung anderer Behörden entzogen, also für diese bindend, mag der Richter auch bei ihrem Erlasse von unrichtigen Voraussetzungen und Erwägungen geleitet sein. Aber auch in den vorerwähnten Fällen wirklicher Nichtigkeit (z. B. wenn das Registergericht das Ordnungsstrafverfahren anwendet in einem Falle, wo es gesetzlich nicht zulässig ist) finden zur Beseitigung der Verfügung nur diejenigen Rechtsbehelfe statt, die in dem vom Gerichte zu Unrecht angewandten Verfahren gegen rechtswirksame Verfügungen zulässig sind (vgl. zu § 53). **b)** Hagemann, ZBlVormWes. **14** 114. Hält das Entmündigungsgericht die Anordnung einer Fürsorge für erforderlich und macht es hiervon gemäß § 657 ZPO. dem Vormundschaftsgerichte Mitteilung, so ist dieses an die Auffassung des Entmündigungsgerichts über die Rechtmäßigkeit des Antrags auf Entmündigung und über das Vorliegen einer Gefährdung nicht gebunden. Eine auf Grund eines unwirksamen Entmündigungsantrags eingeleitete vorläufige Vormundschaft wäre nichtig (JDR. **5** 549 und **12** unter 1 a zu § 1906). **c)** *Josef, ElsLothJZ. **13** 541. Erachtet das Gericht der FG. ein Testament für nichtig und lehnt es die Erteilung des Erbscheins für den eingesetzten Erben oder dessen Eintragung als Eigentümer oder Firmeninhaber ab, so ist hiermit mittelbar auch die Nichtigkeit des im Testament ausgesetzten Vermächtnisses ausgesprochen. Diese Entscheidung ist aber für das Prozeßgericht nicht bindend, das vielmehr, wenn es das Testament für gültig ansieht, auf die Klage des Vermächtnisnehmers den eingesetzten Erben zur Leistung verurteilen kann. **d)** Schlegelberger, Anm. 4 zu § 7. Daß die Anordnung der Vormundschaft mangels der Voraussetzungen der §§ 1773, 1896 nichtig ist, folgt zwingend aus §§ 1882, 1897. Hiernach endigt die Vormundschaft mit dem Wegfalle dieser Voraussetzungen. Gegenüber dieser Norm hat eine abweichende Anordnung des Vormundschaftsgerichts keine Bedeutung. Die Vormundschaft über einen Minderjährigen endet also auch dann mit dem Eintritte der Volljährigkeit, wenn das Vormundschaftsgericht die Fortdauer der Vormundschaft angeordnet haben sollte. Dem späteren Wegfalle der Voraussetzungen steht begriffsnotwendig ihr ursprünglicher Mangel gleich; ist die Vormundschaft angeordnet, obwohl die Voraussetzungen des § 1773 nicht vorlagen, so hat sie in demselben Augenblicke geendigt, d. h. sie ist, rechtlich gesprochen, überhaupt nicht in Wirksamkeit

getreten. **e)** BadNotZ. **13** 123 (Karlsruhe). Veräußert der Nachlaßpfleger ein Grundstück, so kann das Grundbuchamt seine Vertretungsbefugnis nicht deshalb in Zweifel ziehen, weil dem Grundbuchamte die Erben bekannt sind. **f) RG.** BayRpflZ. **14** 150, ZBlFG. **14** 811 Nr. 904. Nicht das Prozeßgericht, sondern nur das Vormundschaftsgericht entscheidet über die Gesetzmäßigkeit einer Vormundschaftsanordnung. **g) RG. 81** 206, JW. **13** 316, R. **13** Nr. 459. Einem in das Vereinsregister eingetragenen Vereine steht bis zur Löschung der Eintragung die Rechtsfähigkeit zu, auch wenn wesentliche Vorbedingungen für die Eintragung nicht erfüllt sind. Wer daher das Fehlen einer solchen wesentlichen Voraussetzung behauptet, muß sich an den Registerrichter und die diesem übergeordneten Instanzen wenden; der Prozeßrichter hat dagegen die Rechtsfähigkeit eines eingetragenen Vereins nicht nachzuprüfen. Ebenso Schlegelberger Anm. 8 zu § 7 (JDR. **10** 7). **h)** Kleinfeller, Festgabe für Wach II 14. So lange eine Verfügung der FG. besteht, ist sie für andere Gerichte verbindlich, selbst wenn nach der Sachlage die Parteien eine Abänderung verlangen können oder das Gericht der FG. sie von Amts wegen abändern könnte. Diese Bindung anderer Behörden ist jedoch etwas von der materiellen Rechtskraft durchaus Verschiedenes und beruht auf dem rechtsgeschäftlichen Zwecke der Handlungen der FG. **i)** *Josef, Pflegschaftsanordnung zwecks Einlegung der weiteren Beschwerde, ZBlFG. **13** 693. S. JDR. **11** zu § 29 unter 11 b. **k)** *Josef, SeuffBl. **13** 407, s. zu § 62.

14. Schlegelberger, Anm. 12 vor § 1. Haftpflicht des Richters der FG. aus Abs. 2, nicht aus Abs. 1 des § 839; auch sonst wie Josef, ZBlFG. **8** 1 (JDR. **7** 980 unter 3).

15. *Josef, Einheitlichkeit der streitigen und der FG., DRZ. **14** 819. Der Satz, daß die streitige und die FG. voneinander getrennt sein müssen, so daß ein Verfahren notwendigerweise entweder zur streitigen oder zur FG. gehören müsse, und kein Verfahren sowohl jener wie auch dieser angehören könnte, ist nicht selbstverständlich. Die frühere Gesetzgebung war hierüber anderer Meinung, so kannte besonders die preußische Allgemeine Gerichtsordnung vom Jahre 1793 auch Verfahrensarten, die sich als ein Gemisch von Handlungen der streitigen und der FG. darstellen. Die interessanteste dieser Verfahrensarten enthielt der Titel 46 Teil I, der von Erbauseinandersetzungen handelte: Dasselbe Gericht, das als Handlungen FG. die Erbscheinerklärungen beurkundet, den Erbschein erteilt, die Auseinandersetzung beurkundet und bestätigt, entscheidet auch zugleich über die anläßlich der Auseinandersetzung entstandenen Streitigkeiten. Gegen die Trennung beider Arten der Rechtspflege, mag sie auch grundsätzlich unerläßlich sein, spricht, daß sich mehrfach unbegründete Besonderheiten ergeben, daß weiter in einzelnen Fällen die Tätigkeit der streitigen und FG. dem praktischen Erfolge nach auf dasselbe hinauskommt, und endlich daß dem Gericht der FG. in weitem Umfange die Entscheidung über streitige Rechtsverhältnisse zusteht, so daß sich streitige und FG. ganz nahe berühren. Die Trennung hat ferner ganz unbegründete Verschiedenheiten betreffs der Haftpflicht zur Folge (JDR. **9** 866 unter 9).

16. **a)** Schlayer, DJZ. **14** 1245. FG. im Felde und an Bord (Erl. d. RGes. vom 28. Mai 1901); s. zu § 167 III unter 5. **b)** *Josef, Einfluß des Krieges auf das Verfahren der FG., R. **14** 638. a) Der § 2 RKriegsTG. vom 4. August 1914 gibt Vorschriften über die Unterbrechung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und findet folglich keine Anwendung auf Angelegenheiten, die im Verfahren der FG. erledigt werden, selbst wenn Zweck und Ziel des Verfahrens die Entscheidung eines Streites der Beteiligten ist. Insbesondere wird der Beginn und die Fortführung einer Auseinandersetzung, einer Inventarfristbestimmung, eines registergerichtlichen Ordnungsstrafverfahrens grundsätzlich nicht dadurch gehindert, daß ein Beteiligter am Kriege teilnimmt. Andererseits wird die hierdurch hervor-

gerufene Erschwerung des Verfahrens das Gericht oft veranlassen, es auszusetzen; hierzu ist das Gericht der FG. mangels entgegenstehender Vorschriften ganz nach seinem Ermessen berechtigt. b) Hat das Gericht der FG. eine Ordnungsstrafe festgesetzt, so ist zur Beitreibung die Pfändung zulässig. Denn die im § 5 RKriegsTG. vorgeschriebenen Vollstreckungsbeschränkungen finden auch auf öffentlich-rechtliche Geldforderungen, wie Ordnungsstrafen, Anwendung. c) Der § 6 RKriegsTG. verbietet nur die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Kriegsteilnehmer auf Antrag des Gläubigers; die Nachlaßverwaltung hat wohl in ihren Wirkungen Ähnlichkeit mit dem Konkurs, ist aber eine von diesem streng zu sondernde Angelegenheit der FG. und kann folglich angeordnet und durchgeführt werden, auch wenn der Erbe am Kriege teilnimmt. d) Die Erzwingung der Herausgabe von Urkunden kann im Verfahren der FG. erfolgen, auch wenn der Pflichtige am Kriege teilnimmt.

§ 2. Literatur: Josef, Austrittserklärung aus der Kirche vor ersuchtem Richter, JW. **13** 1032.

I. Allgemeines. 1. *Josef, JW. **13** 1032. Ein Ersuchen um Rechtshilfe liegt nur vor, wo dem ersuchenden Gericht in einem bei ihm anhängigen Verfahren die Herbeiführung der nachgesuchten Handlung als Amtspflicht obliegt; daher kann das Nachlaßgericht, bei dem eine Auseinandersetzung schwebt, ein anderes Gericht um Anberaumung des Verhandlungstermins und Beurkundung der Auseinandersetzung (§§ 89, 91, 93 FGG.) ersuchen. Zeigt dagegen jemand dem Amtsgericht an, daß er vor Gericht eine öffentlich-urkundliche Erklärung abgeben wolle (z. B. eine grundbücherliche oder den Austritt aus der Kirche), so erhält das Amtsgericht nur die Pflicht, diese Erklärung zu beurkunden, wofern der Beteiligte auf der Gerichtsstelle erscheint und den Antrag auf Beurkundung stellt. Eine Amtspflicht, die Beurkundung selbsttätig herbeizuführen, hat das Gericht nicht; es kann daher auch nicht im Wege der Rechtshilfe die Tätigkeit eines anderen Gerichts hierzu in Anspruch nehmen. Ein ersuchtes Gericht wäre auch nicht einmal berechtigt, das Ersuchen um Entgegennahme der kirchlichen Austrittserklärung zu erledigen; denn ausschließlich zuständig zur Entgegennahme ist das Gericht des Wohnsitzes, und seine Mitwirkung zu rechtsunwirksamen Handlungen hat jedes Gericht zu versagen, gleichgültig, ob diese von den Beteiligten selbst oder von einer Behörde verlangt wird (JDR. **11** 1071 unter VI 1).

2. RheinANV. **31** 80, ZBlFG. **14** 230 Nr. 293 (Düsseldorf). Die Zulässigkeit der Rechtshilfe setzt begrifflich voraus, daß es sich dabei um Ausübung einer Tätigkeit des ersuchten Gerichts handelt, deren die ersuchende Behörde bedarf und die sie nicht ebensogut und ebensoleicht vornehmen kann. Ersuchen um schriftliche und telephonische Ermittlungen kann abgelehnt werden.

3. OLG. **28** 325 Nr. 6 b, ZBlFG. **15** 30 Nr. 10 (München). Das Ersuchen, einen Beteiligten als Zeugen zu vernehmen, ist als unzulässig abzulehnen (vgl. zu § 15 unter 2).

4. *Josef, AZivPr. **111** 322. Obwohl die verschiedenen Abteilungen desselben AG. nach außen eine einheitliche Behörde bilden, stehen sie sich doch untereinander als selbständige Behörden derart gegenüber, daß jede über Anträge und Ersuchen der anderen so zu entscheiden hat, als ob sich verschiedene selbständige Gerichte gegenüberständen. Es steht daher, wenn eine Abteilung das Ersuchen der anderen um eine Amtshandlung, insbesondere um eine Eintragung ablehnt, der ersuchenden Abteilung gegen diese Verfügung der ersuchten Abteilung die Beschwerde zu.

5. Dannhausen, DNotV. **13** 372. Bei Gefahr im Verzuge (§ 167 GVG.) kann das Gericht Beurkundungen (Testamente) auch außerhalb der Grenzen seines Staates aufnehmen, wofern nicht etwa die sachliche Zuständigkeit des Gerichts durch Landesgesetz des fremden Bundesstaats ausgeschlossen ist (Art. 141 EGBGB.).

II. Vormundschaftssachen. 1. Ersuchen um Vernehmung minderjähriger Erzeuger. **RG. 84** 317, JW. **14** 774, R. **14** Nr. 1434, 1465. Das Ersuchen um Rechtshilfe ist abzulehnen, wenn die vorzunehmende Handlung nach dem Rechte des Ortes der Vornahme verboten ist, so wenn das zu beurkundende Rechtsgeschäft „offenbar ungültig" (Art. 40 Abs. 2 PrFGG.) sein würde. Danach ist das Ersuchen, das Vaterschaftsanerkenntnis eines Minderjährigen und die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung zu beurkunden, abzulehnen, da diese einseitigen Rechtsgeschäfte, wenn ohne Zustimmung des Vaters vorgenommen, schlechthin unwirksam sind. Die Beurkundung darf nur erfolgen, wenn feststeht, daß jene Zustimmung erteilt ist (§ 111 Abs. 1 Satz 1). — Dagegen *Josef, HessRspr. **14** 197. Die Vaterschaftsanerkennung und ebenso die Unterhaltsverpflichtung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 111, zu dem der Minderjährige der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf; ohne letztere ist diese Erklärung des Minderjährigen nach Satz 1 unwirksam, nichtig, so daß sie auch nicht einmal durch nachträgliche Genehmigung des Vaters wirksam werden kann. Aber dessenungeachtet darf das AG. nicht auf Grund des Art. 40 die Beurkundung ablehnen; denn (trotz der entgegengesetzten Angabe des Minderjährigen) ist die Möglichkeit doch vorhanden, daß der Vater vorher dem Sohne die Einwilligung zur Abgabe der verlangten Erklärungen erteilt hat, so daß diese also nicht „offenbar" ungültig gewesen wären. Dagegen ist das Ersuchen um Beurkundung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung allerdings abzulehnen, weil die Unterwerfungsklausel ein Urteil ersetzen soll, der Minderjährige aber nicht prozeßfähig ist. Nähere Begründung und sonstige Rechtsprechung in JDR. **11** 1067, 1068.

2. BadRpr. **13** 128, ZBlFG. **14** 233 Nr. 315 (Karlsruhe). Das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts an ein AG., sich von dem dort wohnenden Vormunde den Bestand des Mündelvermögens durch Vorlegung nachweisen zu lassen, darf nicht abgelehnt werden (JDR. **11** 1069 unter 5).

3. HessRspr. **14** 218, ZBlFG. **15** 392 Nr. 279 (Darmstadt). Das Vormundschaftsgericht kann nicht zwecks Ermittlung des Erzeugers zu Beweisaufnahmen schreiten (JDR. **11** 1067).

III. Nachlaßsachen. 1. ZBlFG. **15** 253 Nr. 99, BadRpr. **14** 138 (Karlsruhe). Das Ersuchen, dem gesetzlichen Vertreter vom Anfalle der Erbschaft an das Kind Mitteilung zu machen, ihn zu befragen, ob er die Erbschaft annehme, ob ihm sonstige gesetzliche Erben bekannt sind und ob kein Testament vorliege, kann nicht abgelehnt werden. Es liegt hier eine nach Reichsrecht den Nachlaßgerichten übertragene Angelegenheit vor und die Zweckmäßigkeit des Ersuchens unterliegt nicht der Nachprüfung des ersuchten Gerichts (JDR. **7** 983).

2. KGJ. **44** 102, ZBlFG. **14** 476 Nr. 575. Das um Erteilung des Erbscheins angegangene Nachlaßgericht ist befugt, ein anderes AG. um die Aufnahme der Erbausweiserklärung von dem Antragsteller und um die gleichzeitige Auflage an ihn zur Beibringung bestimmter Urkunden zu ersuchen (JDR. **11** 1070 unter III).

3. BadNotZ. **13** 170, BadRpr. **13** 176, ZBlFG. **15** 253 Nr. 100 (Karlsruhe). Die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses kann von einem „ersuchten Nachlaßgericht" im Wege der Rechtshilfe nicht verlangt werden. Denn bei diesem Ersuchen handelt es sich nicht um eine einzelne Hilfshandlung, die dazu dienen soll, der ersuchenden Behörde die Erledigung der Angelegenheit zu ermöglichen, sondern um Übertragung der ganzen Angelegenheit selbst.

4. KGJ. **45** 126, RJA. **13** 91, R. **14** Nr. 2100. Die Rückgabe eines Testaments kann, wenn der Erblasser seinen Wohnsitz nach dem Auslande verlegt hat, im Wege der Rechtshilfe mittels Ersuchens eines deutschen Konsuls erfolgen. Dieser kann die Rückgabe entweder, und zwar auch dann, wenn er nicht mit Gerichtsbarkeit ausgestattet ist, selbst bewirken oder durch die zuständige Landesbehörde herbeiführen.

5. OLG. **29** 293 (München). Das Ersuchen des Nachlaßgerichts um Vernehmung eines Miterben über die Bewilligung der Nachlaßhypothek darf nicht abgelehnt werden; die Tätigkeit fällt in den Rahmen der dem Nachlaßgerichte zugewiesenen Vermittlertätigkeit.

IV. Handelsregister (JDR. **11** 1070). 1. LeipzZ. **13** 410, BayRpflZ. **13** 133, R. **13** Nr. 1212 (Nürnberg). Im Verfahren der Vereinigung des Handelsregisters kann das Registergericht ein anderes AG. um Entgegennahme der Löschungserklärungen auswärtiger Inhaber jetzt erloschener Firmen ersuchen.

2. KGJ. **45** 164, ZBlFG. **15** 266 Nr. 184. Das Registergericht kann ein auswärtiges AG. darum ersuchen, von einem infolge der Anmeldung seiner Firma zum Handelsregister zu deren Zeichnung Verpflichteten diese zu richterlichem Protokoll entgegenzunehmen.

V. Aufsichtsbeschwerde. OLG. **28** 334 (München). Lehnt ein Gericht die von einem anderen verlangte Amtshandlung ab, ohne daß die Voraussetzungen der Rechtshilfe oder des § 5 FGG. vorliegen, so findet lediglich die Aufsichtsbeschwerde statt.

§ 4. KGJ. **44** 104, ZBlFG. **14** 355. Trotz des § 4 kann, wenn mehrere Gerichte, insbesondere wegen doppelten Wohnsitzes des Erblassers, zur Erteilung des Erbscheins zuständig sind, die Einziehung des von einem dieser Gerichte erteilten Erbscheins nur von dem Gericht ausgehen, das den Erbschein erteilt hat.

§ 5. 1. ZBlFG. **14** 234 Nr. 318, R. **13** Nr. 1804 (BayObLG.). Ist einmal die Vormundschaft angeordnet, so kann es sich gegenüber der Weigerung eines anderen Vormundschaftsgerichts, seine Zuständigkeit anzuerkennen, nur mehr um Übernahme nach § 46, nicht um einen Zuständigkeitsstreit nach § 5 handeln.

2. ZBlFG. **14** 312 Nr. 397, R. **13** Nr. 2474, 2475 (BayObLG.). Zweckmäßigkeitsgründe kommen bei der Bestimmung des § 5 nicht in Betracht. Gemeinschaftliches Obergericht ist in Bayern bei Verschiedenheit des OLGBezirks das BayObLG.

3. ZBlFG. **15** 260 Nr. 144, R. **14** Nr. 1732 (BayObLG.). Der Antrag auf Bestimmung des zuständigen Vormundschaftsgerichts kann auch von einem Nachlaßgericht ausgehen, dem eine Anzeige an das Vormundschaftsgericht obliegt.

4. ElsLothJZ. **13** 513 (Colmar). Der § 5 findet nur Anwendung auf reichsgesetzliche Angelegenheiten der FG., also nicht wenn zwischen einem reichsländischen und einem preußischen Gericht ein Streit darüber besteht, ob in einer bei diesem anhängigen Fürsorgeerziehungssache nachträglich die Zuständigkeit des ersteren eingetreten ist.

5. ZBlFG. **15** 260 Nr. 143 (Hamburg). Ein Gericht hat sich auch dann mit der Sache befaßt, wenn es die vormundschaftliche Behandlung eines Kindes abgelehnt hat.

6. Vgl. zu § 2 unter V (Aufsichtsbeschwerde).

7. *Josef, ZBlFG. **14** 513 (Preuß. Landesrecht). Ist der Notar an Erteilung einer Ausfertigung oder der Vollstreckungsklausel rechtlich behindert (Art. 84 Pr. FGG.), so gibt es keine Dienststelle, die zur Vornahme dieser Amtshandlungen zuständig wäre. Die Artt. 98, 102 betreffen nur den Fall allgemeiner tatsächlicher Verhinderung; ihre entsprechende Anwendung auf den Fall rechtlicher Behinderung im Einzelfall ist unzulässig, weil es an jedem Anhalt für die Annahme fehlt, daß der Gesetzgeber, der für alle anderen Rechtspflegebeamten in dieser Beziehung durch ausdrückliche Bestimmungen Vorsorge getroffen hat, sie auch auf den Fall rechtlicher Behinderung der Notare anwenden wollte, die ohnehin vielfach eine von der anderer Beamten abweichende Amtsstellung haben.

§ 6. Kößler, BuschsZ. **44** 30. Beteiligt ist der, der durch die zu erlassende Verfügung in erster Linie betroffen und in seinen Rechten gefährdet oder beeinträchtigt werden würde. In Betracht kommt also nur dasjenige Rechtsverhältnis,

dessen Gestaltung den eigentlichen Gegenstand und das eigentliche Ziel der Verhandlungen bildet, nicht irgendeine andere Berechtigung oder Verpflichtung, die vielleicht gelegentlich Erwähnung findet und auch dann nur, weil sie an jenes Rechtsverhältnis anknüpft.

§ 7. 1. **RG.** DJZ. **14** 756. Anwendbarkeit auf Fürsorgeerziehung.

2. KGJ. **43** 22. Den Beteiligten steht die Beschwerde zu gegen die Verfügungen des unzuständigen Gerichts (JDR. **11** unter 3).

3. Katzenstein, JW. **13** 523. Beurkundungen unzuständiger Standesbeamten (gegen KGJ. **41** 50, JDR. **11** unter 6).

4. Schlegelberger, Anm. 4. Sachliche Unzuständigkeit, nichtige Verfügungen, s. zu § 1 unter 14 d.

5. *Josef, ZBlFG. **14** 160. Nach allgemeinen Grundsätzen sind die Zuständigkeitsvorschriften des zwischenstaatlichen Rechtes materiell-rechtlich und zwingender Natur, so daß also die im Widerspruche mit solchen Vorschriften erfolgten Rechtshandlungen der inländischen Gerichte nicht bloß ordnungswidrig (§ 7), sondern gänzlich unwirksam sind (JDR. **11** unter 8).

6. *Josef, JW. **13** 1033. Erklärungen, die in der FG. vor oder gegenüber einem Gericht abzugeben sind (z. B. Austrittserklärung aus der Kirche), sind materiell-rechtlicher Natur und von selbständiger Bedeutung; folglich hat das angegangene Gericht seine Zuständigkeit zu prüfen und, wenn es sie verneint, die Entgegennahme und Aufbewahrung der Erklärung abzulehnen. Die vom unzuständigen Gericht irrtümlich bewirkte Entgegennahme und Aufbewahrung der Erklärung rechtfertigt nicht die Anwendung des § 7 FGG. auf die Parteierklärung; vielmehr ist und bleibt diese als selbständige, materiell-rechtliche Erklärung, weil vor dem unzuständigen Gericht abgegeben, unwirksam (JDR. **9** unter 2; vgl. § 2 unter I).

§ 11. 1. Schlegelberger, Anm. 24 ff. (104): Das Schriftstück bedarf nicht der Unterschrift, es genügt, daß es die äußeren Kennzeichen einer abgeschlossenen, von einer bestimmten Person herrührenden Willensäußerung an sich trage. Auch Telegramm genügt daher.

2. Conrad, R. **14** 154, s. zu § 128 unter 1.

§ 12. Literatur: Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts I 577. — Josef, Amtliche Ermittlungspflicht und selbsttätige Beweisbeschaffungspflicht der Beteiligten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere bei Anträgen auf Nachlaßverwaltung und Nachlaßpflegschaft, PosMSchr. **13** 132. — Derselbe, Das Prüfungsrecht des Vormundschaftsrichters bei Bestellung eines Pflegers, ZBlFG. **14** 652. — Derselbe, Rechtskräftige Urteile und Rechtswidrigkeiten der Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BayRpflZ. **14** 294. — Kößler, Die Stellung des Nachlaßrichters, BuschsZ. **44** 15. — Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, Fischers Abh. **26** 26 ff., 75 ff. — Schultzenstein, Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime nach den verschiedenen Prozeßarten, BuschsZ. **43** 35.

I. 1. Schultzenstein, BuschsZ. **43** 35, s. JDR. **11** unter 11.

2. *Josef, PosMSchr. **13** 132 (in teilweiser Änderung der früheren Ansicht, JDR. **5** III b). Die amtliche Ermittlungspflicht aus § 12 FGG. findet auch im reinen Antragsverfahren Anwendung, jedoch nur, soweit es sich um die zur Sachentscheidung erforderliche Tatbestandsfeststellung handelt; denn nur insoweit läßt sich ein öffentliches Interesse denken, das den Gesetzgeber zur Einführung der amtlichen Ermittlungspflicht veranlassen konnte. Diese ist danach nicht vorgeschrieben für Tatsachen, die die Legitimation, das Interesse, die Befugnis des Antragstellers zu dem Antrag betreffen. Vielmehr ist im § 1994 Abs. 2 der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens zu finden, wonach in dieser Beziehung der Antragsteller selbsttätig die erforderlichen Tatsachen dem Gerichte glaubhaft darzulegen hat. — Dagegen hat das Gericht die Tatsachen, deren Feststellung zur Sachentscheidung erforderlich ist, von Amts wegen zu ermitteln; dient aber eine Feststellung nur dem

Privatinteresse des Antragstellers und kann die Feststellung durch Vorlegung einer von ihm leicht zu beschaffenden Urkunde erfolgen, so kann das Gericht die amtliche Ermittlungspflicht darauf beschränken, daß es die Urkunde vom Antragsteller erfordert, so daß bei Nichtbefolgung der Antrag als in seinen Voraussetzungen nicht erwiesen abzulehnen ist. Die Gesetze bringen diesen Gedanken zum Ausdruck in Vorschriften, wie § 87 Abs. 2, § 154 FGG., § 2356 BGB., § 29 GBO., § 12 HGB. — Das Gesagte gilt auch für die Anordnung der Nachlaßverwaltung (unten III 2) und der Nachlaßpflegschaft aus § 1961 BGB. Bei dieser letzteren, also wo der Gläubiger gerade in dieser Eigenschaft nicht die Nachlaßsicherung schlechthin, sondern die Bestellung eines Pflegers beantragt, um seine Befriedigung noch vor der Ermittlung der Erben oder vor der Erbschaftsannahme zu erreichen, liegt nicht Anregung zur Tätigkeit von Amts wegen, sondern ein reines Antragsverfahren vor.

3. Kößler, BuschsZ. **44** 15. Den Nachlaßrichter trifft die Erforschungspflicht aus § 12 nur insoweit, als die Gesamtheit durch die fragliche Angelegenheit in ihren Interessen berührt wird; es liegt ihm aber nicht ob, festzustellen, ob der Antragsteller zu dem Antrage berechtigt ist, dies hat vielmehr jener selbst zu erweisen. Dagegen erstreckt sich die Bereitschaft des Antragstellers nicht auf die objektiven Voraussetzungen der beantragten Maßnahme oder auf die Voraussetzungen, die in der Person des Gegenbeteiligten vorhanden sein müssen. Im Falle des § 1961 ist von Amts wegen zu ermitteln, ob der Erbe angenommen hat, ob er unbekannt, im Falle des § 1981 Abs. 2, ob die Befriedigung der Gläubiger gefährdet ist; dem Antragsteller liegt keine Glaubhaftmachung ob. Dagegen darf das Nachlaßgericht nicht in eine Prüfung eintreten, ob es dem Gläubiger gelingen werde, seinen Anspruch gegen den Nachlaßpfleger zu erweisen. Soweit dem Nachlaßrichter die amtswegige Ermittlungspflicht nicht obliegt, darf er, wenn er einem Antrage stattgeben will, Bescheinigung der tasächlichen Behauptungen und den Anschein der rechtlichen Begründung für genügend ansehen; denn als Richter der FG. spricht er nicht dem einen Rechte ab, um sie dem anderen zuzusprechen, sondern er übt eine verwaltende Tätigkeit aus, die gleichmäßig die vorgebrachten Rechte aller Beteiligten zu berücksichtigen hat.

4. Schlegelberger, Anm. 10 ff. (111): Auch über die Vorfragen des öffentlichen Rechtes (z. B. Staatsangehörigkeit, Beamteneigenschaft) hat das Gericht der FG. grundsätzlich selbständig zu entscheiden, es sei denn, daß einer Verwaltungsbehörde die Entscheidung ausschließlich zusteht (so dem preuß. Heroldsamte betr. des Adelsstandes). Daher hat das Gericht der FG., wenn die Wirksamkeit eines Rechte erzeugenden Staatsakts in Frage steht, zu prüfen, ob der betr. Staat zur Ausübung des Hoheitsrechts berufen war (z. B. bei Ehelichkeitserklärung), auch ob die äußeren Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Staatsakts vorliegen, wogegen eine sachliche Nachprüfung (z. B. ob die tatsächlich erteilte Genehmigung wirklich erforderlich war) ausgeschlossen ist.

5. *Josef, BuschsZ. **44** 496. Der Antragsteller, der bei dem Gerichte der FG. den Erlaß einer mit der Kraft neuer Rechtsgestaltung versehenen Verfügung beantragt, hat, da eine solche in die Verhältnisse Dritter eingreift, seine Antragsberechtigung dem Gericht urkundlich nachzuweisen. Das gilt insbesondere, wenn ein Miterbe die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die gerichtliche Bestellung eines Liquidators für die aufgelöste Handelsgesellschaft beantragt, deren Mitglied der Erblasser war. Denn diesen Antrag können die Erben nur gemeinschaftlich stellen.

6. a) Schlegelberger, Anm. 15. (118): Hängt die Erledigung einer Angelegenheit von der Beurteilung eines streitigen Rechtsverhältnisses ab, so ist der Richter der FG. grundsätzlich nicht befugt, aus diesem Grunde seine Tätigkeit einzustellen; Ausnahmen in §§ 95, 127, 159, 161 (JDR. **5** unter III a, **9** unter 5). **b**) Fraeb, ZBlFG. **13** 332. Für den Nachlaßrichter, der einen Erb-

schein über gesetzliches Erbrecht ausstellen soll, ist es selbstverständliche Pflicht und Voraussetzung, sich ein eigenes Urteil über vorgelegte Testamentsurkunden zu bilden und dann selbständig zu befinden, er darf aber das Verfahren nicht aussetzen behufs zuvoriger Beibringung einer Entscheidung über das testamentarische Erbrecht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er bei pflichtmäßiger Prüfung sich selbst ohne weitere tatsächliche Ermittlungen ein Urteil über das Testament bilden kann. **c)** R. **14** Nr. 735 (BayObLG.) s. unten V 3 (Ernennungsverfahren aus § 29 BGB.). **d)** *J o s e f , HoldheimsMSchr. **13** 179. Während die §§ 125—144 Bestimmungen über die Registerführung treffen und diese dem „Registergericht" übertragen, überträgt der § 145 die Erledigung der darin dem Verfahren der FG. überwiesenen Angelegenheiten nicht dem Registergericht als solchem, sondern dem „AG.", und für dieses Verfahren gelten folglich nicht die nur für das Verfahren der Registerführung gegebenen Vorschriften der §§ 126—144. Folglich ist das AG. bei Erledigung der ihm im § 145 zugewiesenen Angelegenheiten nicht befugt, gemäß § 127 FGG. die ihm obliegende Verfügung auszusetzen bis zur prozeßgerichtlichen Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses. Danach muß, wenn die Liquidatorenernennung oder die Anordnung der Bilanzvorlegung beantragt ist und Streit darüber entsteht, ob überhaupt ein rechtswirksamer Gesellschaftsvertrag besteht oder ob er nichtig ist und ob er zurzeit noch besteht, das AG. im Verfahren der FG. dieses streitige Rechtsverhältnis entscheiden, und es kann folglich die Verfügung nicht aussetzen bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts.

7. R. **14** Nr. 71 (BayObLG.). Kein Recht des Antragstellers, der seine Anträge begründet hat, auf w i e d e r h o l t e A n h ö r u n g , wofern nicht neue Tatsachen hervorgetreten sind.

8. ElsLothJZ. **13** 516, ZBlFG. **14** Nr. 527 b (Colmar). Keine Verpflichtung des Beschwerdegerichts zur erneuten Anhörung des Beteiligten, sondern Ermessen im Einzelfalle.

9. KGJ. **45** 88. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts beruht auf Verletzung des Gesetzes (§ 27), wenn es die Möglichkeit, die erheblichen Tatsachen festzustellen, nicht erschöpft hat (JDR. **11** unter 9).

10. KGJ. **45** 89. Würdigung des Sachverhalts nach a l l g e m e i n e n L e b e n s e r f a h r u n g e n.

II. V o r m u n d s c h a f t s s a c h e n. 1. *J o s e f , ZBlFG. **14** 652 (gegen L e v i s , ZBlFG. **13** 649, JDR. **12** 384 zu § 1909). Wird die Einleitung einer Pflegschaft zwecks eines von dem Mündel (Kind) oder gegen ihn einzuklagenden Anspruchs angeregt, so steht dem Vormundschaftsgerichte nicht die Prüfung zu, ob der Anspruch zu Rechte besteht. Wohl aber hat das Vormundschaftsgericht nach § 1909 festzustellen, ob dessen Voraussetzungen tatsächlich vorliegen, d. h. ob eine Angelegenheit des Mündels überhaupt zu besorgen ist. Dies ist schon zu bejahen, wenn nach dem Ergebnisse der vom Vormundschaftsgericht auf Grund des § 12 anzustellenden Ermittlungen das Bestehen des geltend zu machenden Anspruchs nicht unglaubhaft erscheint. Liegt insoweit klar, daß eine Angelegenheit zu besorgen ist, so darf der Vormundschaftsrichter die Pflegschaftsanordnung nicht ablehnen aus Erwägungen über die voraussichtliche Durchführbarkeit des Anspruchs. Die Zuständigkeit zu dieser lediglich dem Prozeßgericht obliegenden Entscheidung ist dem Vormundschaftsgerichte nicht beigelegt (JDR. **11** unter 7).

2. OLG. **28** 329, ZBlFG. **14** 519, R. **13** Nr. 2920 (BayObLG.). Amtswegige Ermittlungspflicht über die Frage, ob jemand abwesend ist; der Antragsteller, der die Anordnung der Abwesenheitspflegschaft verlangt, hat keine Beweispflicht.

3. ElsLothJZ. **13** 318, ZBlFG. **14** 230 Nr. 294 (Colmar). Das Gericht darf seine Ermittlungspflicht nicht darauf beschränken, daß es sich auf die Angaben des

Generalvormundes und der polizeilich vernommenen Mutter verläßt (Fürsorgeerziehungssache).

4. R. **14** Nr. 942 (BayObLG.). In einem Beschwerdeverfahren wegen ungeeigneter Auswahl des Vormundes ist dieser über die Behauptungen des Gegners zu hören.

5. OLG. **26** 250 (Braunschweig). Ermessen des Gerichts, ob und in welcher Form der fürsorgeberechtigte Elternteil bei der Verkehrsregelung nach § 1636 gehört werden soll, also (im Gegensatze zu § 1673) kein unbedingtes Recht auf Anhörung.

III. Nachlaßsachen. 1. *Josef, PosMSchr. **13** 132. Das Gericht kann nicht ohne weiteres auf Grund des Art. 17 PrFGG. jemandem einen Gerichtsvollzieher in das Haus schicken mit dem Auftrage, bei ihm eine Haussuchung vorzunehmen und nach dem Vorhandensein eines Testaments zu forschen. Eine solche Berechtigung des Gerichts der FG. hätte, wie dies für das Strafverfahren durch §§ 94 ff. StPO. vorgeschrieben ist, besonders festgesetzt werden müssen. Vgl. 2 zu § 83 (JDR. **5** 998 unter 3).

2. KGJ. **44** 72, ZBlFG. **14** 476 Nr. 571 b. Für die dem Nachlaßgerichte nach § 1981 Abs. 2 obliegende Prüfung gilt die amtswegige Ermittlungspflicht (oben I 2).

IV. Handelsregister. 1. *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 90. Auf die amtswegige Ermittlungspflicht des Gerichts kann die Befugnis, das persönliche Erscheinen der in Handelssachen (§§ 132 ff., 145 ff.) Beteiligten durch Ordnungsstrafen oder durch Vorführung zu erzwingen, nicht gestützt werden; denn die allgemeine Ermittlungspflicht des Gerichts begründet keine allgemeine Auskunftspflicht der Beteiligten. — Bei den im § 145 FGG. bezeichneten Streitigkeiten findet, obwohl sie Antragsverfahren sind, die amtswegige Ermittlungspflicht gleichfalls statt, jedoch nur, soweit es sich um die Sachentscheidung des Gerichts handelt, nicht dagegen für Tatsachen, die die Legitimation des Antragstellers zu dem Antrag oder die Passivlegitimation des von ihm bezeichneten Gegenbeteiligten betreffen; Tatsachen dieser Art hat der Antragsteller seinerseits dem Gerichte nachzuweisen.

2. Schlegelberger, Anm. 3 zu § 127. (620): Das Registergericht hat grundsätzlich den Inhalt der Anmeldungen als richtig anzunehmen. Hat es aber begründeten Anlaß an der Richtigkeit zu zweifeln, so hat es den richtigen Sachverhalt zu ermitteln, auch wenn die Eintragung lediglich der Rechtsstellung und nicht zugleich auch der Rechtsbegründung dient (JDR. **11** 1076 V).

3. Ehrenberg, Hdb. d. ges. HR. 556. Das Ersuchen des Registergerichts um Entgegennahme der Anmeldung oder Unterschrift kann nicht abgelehnt werden; denn das Registergericht hat nach Reichsrecht von Amts wegen die Richtigkeit des Registers zu fördern. Abzulehnen ist das Ersuchen, wenn das Landesrecht den Gerichten die Beurkundung untersagt, also hierfür die Notare ausschließlich zuständig sind (JDR. **9** 868).

V. Genossenschaftsregister. Vereinsregister. 1. RJA. **13** 24, R. **14** Nr. 1166 (KG.). Recht und Pflicht des Registergerichts, bei Anmeldung einer Satzungsänderung dem Inhalte der Urschriften der Protokolle nachzuforschen, wenn es Zweifel an der Richtigkeit der beigebrachten Abschriften hat.

2. BayRpflZ. **14** 307 (BayObLG.). Wenn die Satzung Stimmeneinhelligkeit verlangt, hat das Gericht zu prüfen, ob der Beschluß von allen Genossen gefaßt ist; eine nach § 12 zulässige Art der Ermittlung ist das Verlangen nach Vorlegung des Protokolls.

3. ZBlFG. **14** 817 Nr. 941, R. **14** Nr. 735 (BayObLG.). Im Ernennungsverfahren (§ 29 BGB.) hat das AG. beim Streite, ob noch Vorstandsmitglieder vorhanden sind, ob z. B. eine Amtsniederlegung erfolgt ist, gemäß § 12 zu ermitteln und zu entscheiden; es darf die Beteiligten nicht hierüber auf den Prozeßweg verweisen.

VI. Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Entscheidungen der FG. 1. Ehrenberg, Hdb. d. ges. HR. I 577 (Bedeutung prozeßgerichtlicher Entscheidungen für das Registergericht), wie FDR. **11** 1078 unter 5.

2. Kuttner, FischersAbh. **26** 26, 34, 38, 64, 75—138. Den Urteilen des Prozeßgerichts ist auch für das Gericht der FG. bindende Kraft zuzusprechen, so daß die Nachprüfung ihrer Richtigkeit den Behörden der FG. nicht bloß, soweit die Urteile rechtsgestaltend sind, abzusprechen ist, sondern auch in allen sonstigen Fällen, so z. B. auch bei Erbrechtsfeststellungsurteilen. Nur aus diesem allgemeinen Grundsatz erklärt es sich, daß das Gericht der FG., wo ihm die Ausführung eines Prozeßurteils obliegt (z. B. §§ 95, 156 Abs. 2 FGG., § 1636 BGB.) und wo das Urteil das Vorhandensein einer Rechtslage feststellt (z. B. daß eine Gesellschaft durch Zeitablauf aufgelöst, jemand zur Fortführung einer Firma berechtigt ist), überhaupt bei Eintragungen in öffentliche Bücher und Register an das Prozeßurteil gebunden ist, daß ferner die Zwangsvollstreckung in das Mündelvermögen ohne die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts zulässig ist.

3. Schlegelberger, Anm. 16 ff. (119): Bei der Beurteilung eines streitigen Rechtsverhältnisses ist das Gericht der FG. an rechtskräftige Urteile grundsätzlich nicht gebunden. Eine Ausnahme gilt für Rechtsgestaltungsurteile sowie beim Erbscheine: Der Erbscheinsrichter ist an ein Urteil über die Feststellung des Erbrechts gebunden. Der § 2359 steht nicht entgegen; denn es handelt sich ja gerade darum, ob dieser Satz in der Rechtskraft des Feststellungsurteils seine natürliche Beschränkung findet. Allerdings sind infolge der Verhandlungsmaxime die Parteien in der Lage, durch ihr Verhalten im Prozesse dem Nichtrechte zum Siege zu verhelfen; demgegenüber muß man sich damit abfinden, daß das Gesetz durch Zulassung jenes Grundsatzes die endgültige Feststellung ihrer Rechte bis zum gewissen Grade in die Hand der Parteien selbst gelegt hat. Die Bindung setzt indes voraus, daß nur eine der Prozeßparteien als Erbe in Betracht kommen kann; Zweifel entstehen, wenn dem Erbscheinsrichter mehrere Urteile vorgelegt werden.

4. *Josef, BayRpflZ. **14** 294. Wo das Verfahren der FG. lediglich dahin zielt, die Rechtslage der Beteiligten auf Grundlage ihrer Erklärungen zu regeln (so bei der Auseinandersetzung und bei Streitigkeiten der im § 145 FGG. bezeichneten Art) muß das Gericht zunächst die gegenwärtige Rechtslage ermitteln. Ist diese durch Urteil geregelt, so stellt sich jedes dem Urteile widersprechende Verhalten des Unterlegenen nach § 322 ZPO. als eine von ihm gegen den anderen verübte Rechtswidrigkeit dar, der die Rechtsordnung, sonach auch das Gericht der FG. die Anerkennung zu versagen hat. Das gleiche gilt, wenn durch das Urteil eine Willenserklärung, insbesondere eine Einwilligung (z. B. zu einem bestimmten Verhalten des Unterlegenen oder zur Fortführung der Firma) ersetzt ist, da das Urteil hier die Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung hat.

5. *Josef, HoldheimsMSchr. **13** 179. Aufgabe der streitigen Gerichtsbarkeit ist, vorhandene Rechte festzustellen und die Entscheidungen ergehen hier nach Maßgabe der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien. Dagegen ist Aufgabe der FG., neue Rechte zu schaffen oder vorhandene zu ändern, und die Entscheidungen erfolgen hier unabhängig von den Erklärungen und dem Verhalten der Beteiligten auf Grund des von Amts wegen zu ermittelnden wahren Sachverhalts. Daher können die Entscheidungen der streitigen Gerichtsbarkeit nicht bindende Wirkung haben für das Gericht der FG., und eine Erstreckung der Vorschrift des § 322 ZPO. auf die Behörden der FG. ist unzulässig. Das gilt besonders auch für Handelssachen; denn nach der Absicht des Gesetzes ist die im § 16 HGB. festgesetzte Bindung des Registergerichts an prozeßgerichtliche Entscheidungen als Ausnahmebestimmung gedacht. Dennoch kann zwischen den Beteiligten nach dem Handelsregister kaum ein

anderes Rechtsverhältnis bestehen als nach dem materiellen Rechte. Denn während z. B. das Nachlaßgericht bei Erteilung des Erbscheins das objektiv bestehende Erbrecht zu ermitteln und zu bezeugen hat, hat das AG. in den Fällen des § 145 FGG. lediglich die gegenwärtig bestehende Rechtslage der Beteiligten zu regeln. Diese aber ist durch das Urteil rechtskräftig festgesetzt, und jeder dem Urteile widersprechende Antrag eines Beteiligten stellt sich folglich nach § 322 ZPO. als eine von ihm gegen den anderen Beteiligten beabsichtigte Rechtswidrigkeit dar, der die Rechtsordnung, sonach auch das Gericht der FG. seine Anerkennung zu versagen hat, so daß es an das Urteil gebunden ist. Das gleiche gilt, wenn, wie bei rechtsgestaltenden Entscheidungen, durch das Urteil eine Willenserklärung, insbesondere eine Einwilligung ersetzt ist; denn das Urteil hat hier dieselbe Wirkung, wie eine tatsächlich erteilte Einwilligung. Zudem bewirkt endlich der § 16 HGB. in erheblichem Umfang eine Bindung des Registergerichts an Entscheidungen des Prozeßgerichts, indem er im Abs. 1 den Anmeldepflichtigen, der im Rechtsstreit unterlegen ist, für das Verfahren des Registergerichts ausschaltet und im Abs. 2 dem Prozeßsieger das Recht gibt, eine dem Urteile widersprechende Eintragung zu vereiteln.

6. *Josef, WürttRpflZ. **14** 126. Klagt der Erbe vor dem Prozeßgericht auf Erfüllung einer Verpflichtung gegen den Testamentsvollstrecker (**RG. 73** 26) und wird die Klage rechtskräftig abgewiesen, so kann er auf Grund desselben Sachverhalts beim Nachlaßgerichte die Entlassung des Vollstreckers beantragen (§ 2227) und da für dieses — also für das Gericht der FG. — die Entscheidung des Prozeßgerichts nicht bindend ist, so kann das Nachlaßgericht zu einer von der des Prozeßgerichts abweichenden Entscheidung kommen.

7. *Josef, GruchotsBeitr. **58** 732 (Besprechung von Kuttner, oben Ziff. 1). Nur in einzelnen Fällen ist dem Gerichte der FG. jede Nachprüfung der Richtigkeit des Prozeßurteils verboten, so besonders: a) bei Urteilen, die rechtsgestaltend wirken, also eine Änderung der bestehenden Rechtslage aussprechen, wie die Ehescheidungsurteile. So wenig der Strafrichter im Falle eines Diebstahls (§ 247 Abs. 2 StGB.), der Vormundschaftsrichter im Falle der Berufung einer Frau zur Vormundschaft (§ 1783), die Verwaltungsbehörden bei Heranziehung der Frau zu Steuern, die geschiedene Frau noch als verheiratet behandeln können, ebensowenig kann das Nachlaßgericht den geschiedenen Gatten (oder den für erbunwürdig Erklärten) als gesetzlichen Erben behandeln; das Vormundschaftsgericht muß bei durchgedrungener Unehelichkeitsklage des Vaters (§ 1596) die Vormundschaft, das AG. die Berichtigung des Standesregisters anordnen, das Grundbuchamt bei rechtskräftig ausgesprochener Aufhebung der Gütergemeinschaft (§ 1470) das Grundbuch berichtigen, das Registergericht im Falle des § 127 HGB. die Entziehung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters eintragen, ohne daß ihm die Nachprüfung der Richtigkeit des Urteils zusteht. Denn dieses ist eben rechtsgestaltend. b) Bei Urteilen, die vom Gerichte der FG. lediglich auszuführen sind (z. B. § 1636; § 95 FGG.). c) Bei Urteilen, die nur als Ersatz einer Willenserklärung dienen, z. B. daß der Kläger zur Fortführung der Firma berechtigt, die Gesellschaft durch Zeitablauf aufgelöst sei. Von diesen Fällen abgesehen, kann bei der gänzlichen Verschiedenheit, die zwischen der streitigen und der FG. sowohl hinsichtlich des Verfahrens als auch hinsichtlich ihrer Aufgaben besteht, die in jener ergehende Entscheidung nicht bindende Wirkung für das Gericht der FG. haben.

VII. Echtes Streitverfahren der FG. (JDR. **11** unter IX). 1. Kamm, BuschsZ. **44** 99. Es handelt sich hier um wirkliche bürgerlichrechtliche Ansprüche, deren Entscheidung lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Gerichte der FG. zugewiesen ist. Zwar hat bei diesen Entscheidungen das Ermessen des Richters einen größeren Spielraum, als bei obligatorischen Rechtsbeziehungen; aber hierdurch verliert die Entscheidung nicht ihren Charakter, Gesetzesanwendung zu sein.

2. R. **14** Nr. 735 (BayObLG.); s. oben V 3.

3. *Josef, DRZ. **14** 174; s. zu § 15 unter 3.

4. *Josef, PosMSchr. **13** 56. Der gestellte Antrag kann beliebig geändert werden. Z. B. der Mann beantragt, das Vormundschaftsgericht möge nach § 1379 BGB. die Zustimmung der Frau zur Verfügung über ihr eingebrachtes Grundstück ersetzen; diesen Antrag kann er im Laufe des Verfahrens dahin ändern, daß er die Ersetzung der Zustimmung der Frau zur Verfügung über eine eingebrachte Hypothek verlangt. Es gibt in der FG. keine Vorschriften, die die Befugnis des Antragstellers, den Gegenstand des Verlangens zu ändern, irgendwie beschränken, keine sinngemäße Einrede der Klagänderung.

§ 13. Literatur: Josef, Bevollmächtigung des Notars und Bevollmächtigung des Gerichts, ZBlFG. **14** 550.

I. Parteifähigkeit in der FG. JDR. **11** unter I). 1. OLG. **26** 274 i (BayObLG.). Der Geisteskranke kann nicht Beschwerde erheben.

2. ZBlFG. **14** 221 (BayObLG.). Ist ein Kind im Testamente bedacht, Verwaltung und Nutznießung aber dem Vater entzogen, so kann dieser für das Kind nicht Beschwerde gegen Erteilung des Erbscheins erheben; zur Verteidigung des Testaments ist ein Pfleger zu bestellen.

II. Vollmacht. 1. KGJ. **45** 63, RJA. **13** 70, OLG. **29** 294, JW. **14** 54, R. **14** Nr. 2094. Der Vormund, insbesondere auch der sog. Berufsvormund, ist grundsätzlich nicht behindert, die auf Grund des § 1839 erforderte Auskunft durch einen Dritten erteilen zu lassen. Verlangt von ihm aber das Vormundschaftsgericht persönliche (wenn auch nur schriftliche) Auskunft, so hat er dies Gebot zu befolgen.

2. *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 92. Der § 13 bestimmt in Satz 2 nur den durch richterliche Anordnung bewirkten Ausschluß des Rechtes, sich vertreten zu lassen; er bestimmt also für die Fälle, wo ein nichtvertretener oder vertretener Beteiligter ausbleibt, nichts. Auf ihn kann folglich die Befugnis des Gerichts, das persönliche Erscheinen durch Ordnungsstrafen und Haft zu erzwingen, nicht gestützt werden.

3. *Josef, ZBlFG. **14** 550, IheringsJ. **63** 245. Geht aus den Umständen hervor, daß die Beteiligten nicht nur die Amtstätigkeit des Notars zur Beurkundung eines Rechtsgeschäfts haben in Anspruch nehmen, ihm vielmehr auch die weitere Besorgung der Angelegenheit haben übertragen wollen, so kann darin die Ermächtigung zur Entgegennahme der auf diese Angelegenheit bezüglichen Erklärungen für den Auftraggeber gefunden werden. Die Übernahme derartiger Aufträge gehört aber nicht zur Amtstätigkeit des Richters und daher kann der Richter zur Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen namens vor ihm erschienener Personen nicht als ermächtigt gelten.

4. **RG.** ZBlFG. **14** 557. Vertretung im Willen (Bevollmächtigung) und Vertretung in der bloßen Erklärung beim gerichtlichen Vertragsschlusse. Dagegen Krafft, LeipzZ. **14** 463.

5. RJA. **13** 199, ZBlFG. **14** 477 Nr. 576, R. **13** Nr. 2914 (KG.). Die eidesstattliche Versicherung des Gläubigers zwecks Erlangung des Erbscheins (§ 792 ZPO.) kann ebensowenig wie die des Schuldners selbst durch einen Bevollmächtigten ersetzt werden. Das Gesetz verlangt Versicherung durch den Antragsteller.

6. RJA. **13** 13 (KG.). Die Beschwerde des Notars darf wegen Mangels der Vollmacht nur zurückgewiesen werden, wenn die Aufforderung, sie vorzulegen, erfolglos geblieben ist (JDR. **3** unter 4).

§ 14. 1. Haberstumpf, BayRpflZ. **13** 126. Der Wechselprotest ist zwar nicht Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, aber eine den Gerichten durch Reichsgesetz übertragene Angelegenheit der FG. (Art. 87 WO.), folglich für die Frage des Armenrechts § 14 FGG. anwendbar. Bei der Geringfügigkeit der Gebühren

muß aber schon ein hoher Grad von Vermögenslosigkeit vorhanden sein, um das Armenrecht zu begründen.

2. ZBlFG. **14** 38 Nr. 77, R. **13** Nr. 1373 (KG.). Ein mit den Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts nicht befaßtes AG. ist nicht verpflichtet und ohne Bereitstellung der entstehenden Kosten auch nicht in der Lage, auf den Antrag des Vormundes den Erzeuger vorzuladen und über die Unterhaltspflicht zu hören. Deshalb kann zu diesem Zwecke das AG. auch nicht dem Mündel das Armenrecht bewilligen. Das gilt auch, wenn der Vormund ein Berufs(Sammel-)vormund ist.

3. OLG. **28** 329, ZBlFG. **14** 659 Nr. 681, R. **13** Nr. 3284 (Colmar). Voraussetzung für die Bewilligung des Armenrechts ist neben bescheinigter Armut nur, daß der Antragsteller an dem, was er im Verfahren erstrebt, ein berechtigtes Interesse hat. — Für die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde kommt § 27 FGG. zur Anwendung (FDR. **7** unter a).

§ 15. Literatur: Josef, Beschwerderecht des Zeugen in der FG., Naumb. AK. **14** 83.

1. ZBlFG. **14** 312 Nr. 398, R. **13** Nr. 2476 (BayObLG.). Die Ablehnung der beantragten Zeugenvernehmung kann nicht damit begründet werden, daß die Zeugen erheblich am Ausgange beteiligt seien.

2. OLG. **28** 325, ZBlFG. **14** 659 Nr. 680 u. **15** 30 (München). Ein Beteiligter kann nicht als Zeuge vernommen werden, also niemals ein Miterbe, auch wenn der Gläubiger die Erteilung des Erbscheins beantragt.

3. *Josef, DRZ. **14** 174, HoldheimsMSchr. **13** 184. Obwohl bei Streitigkeiten zwischen Erben und Testamentsvollstrecker sowie zwischen Gesellschaftern das Gericht der FG. das Verfahren nur auf Antrag eines Beteiligten einleiten kann, und dieses der Verfügung der Beteiligten insoweit unterliegt, als sie es (ganz wie einen vor dem Prozeßgerichte schwebenden Rechtsstreit) durch Rücknahme ihrer Anträge, durch Anerkenntnis und Vergleich beendigen können, findet ein Beweis durch Eideszuschiebung nicht statt. Nur die Vorschriften der ZPO. über Abnahme von Eiden, nicht aber die über den Eidesbeweis sind im § 15 für anwendbar erklärt (FDR. **5** unter 4).

4. *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 239. Das Registergericht kann die Erben als Eigentümer des Schiffes eintragen, wenn sie die ihr Erbrecht ergebenden Tatsachen an Eidesstatt versichern.

5. *Josef, NaumburgAK. **14** 83. Beschließt ein Gericht auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts die Vernehmung eines Zeugen, und macht dieser geltend, daß seine Vernehmung als Zeuge unzulässig sei, weil er in der vormundschaftsgerichtlichen Ermittlungssache die Partei sei, so steht ihm nicht auf Grund des § 160 GVG. die Anrufung des OLG. zu. Denn er ficht hier die Rechtshilfehandlung nicht aus dem Grunde an, weil das ersuchte Gericht unter Verletzung des § 159 Abs. 2 dem Ersuchen stattgegeben habe, sondern weil jene Handlung auch als solche des ersuchenden Gerichts ungesetzlich gewesen wäre. Aus diesem letzteren Grunde würde ihm danach an sich gemäß §§ 19, 20 FGG. gegen die Entschließung (das Ersuchen) des Vormundschaftsgerichts die Beschwerde zustehen; aber auch diese ist ihm zu versagen. Denn nach § 15 FGG. finden die Vorschriften über den Zeugenbeweis entsprechende Anwendung, also auch die Regelung des Rechtsmittelwesens insoweit, als die ZPO. die Anfechtung der bezüglich dieses Beweismittels ergehenden Zwischenentscheidungen beschränkt. Nach der ZPO. steht aber dem Zeugen (auch abgesehen von der Vorschrift des § 567) eine Beschwerde gegen die Anordnung seiner Vernehmung nicht zu; denn die ZPO. hat die in bezug auf den Zeugenbeweis zulässigen Rechtsmittel offenbar besonders und erschöpfend ordnen und die Anfechtung der hierbei nicht erwähnten Gerichtsentschließungen ausschließen wollen. Folglich gilt dasselbe auch in der FG. Der Zeuge kann daher (§ 387 ZPO. mit § 15 FGG.) nur

die Unzulässigkeit seiner Vernehmung vor dem Vormundschafts- (oder dem ersuchten) Gerichte geltend machen; die sofortige Beschwerde steht ihm erst zu gegen die Verfügung, durch die das Vormundschaftsgericht die Weigerung als unbegründet zurückweist (JDR. **3** 187 unter 6).

§ 16. 1. Schlegelberger, Anm. 6 zu § 84. (496): Im Sinne des Verfahrensrechts ist der Erbschein eine Verfügung. Denn die Bezeugung des Erbrechts ist eine gerichtliche Handlung rechtlicher Art, die den Rechtserfolg, dem sie dient, nicht nach Art einer Beurkundung, insbesondere einer Eintragung in ein öffentliches Register unmittelbar herbeiführt, sondern hierzu noch eines weiteren Vorganges, nämlich der Erteilung an den Erben bedarf.

2. *Josef, BuschsZ. **44** 494. Hat das Gericht auf Antrag des Erben oder eines Gläubigers die Nachlaßverwaltung angeordnet und stirbt der Erbe, bevor die Anordnung wirksam geworden ist, so ist der Antrag erledigt, und es bleibt dem Erben des antragstellenden Erben oder dem Gläubiger überlassen, die Fortsetzung des Verfahrens gegen den neuen Erben zu beantragen. Der nach der Wirksamkeit der Anordnung eintretende Tod des Erben hat (entsprechend den für den Konkurs geltenden Grundsätzen) auf das Verfahren keinen Einfluß.

3. ZBlFG. **14** 659 Nr. 682 a, R. **14** Nr. 119 (BayObLG.). Anordnungen auf Beweiserhebung bedürfen keiner Bekanntmachung an die Beteiligten.

4. *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 91. Hat das AG. eine Verfügung erlassen, daß ein Liquidator abberufen wird und an seiner Stelle ein Ersatzmann eintritt, und ist die Verfügung dem letzteren bekanntgemacht, so geht auf ihn hiermit die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über; folglich kann das Unterbleiben der Bekanntmachung an den Abberufenen unmöglich die Folge haben, daß die Anordnung ihm gegenüber unwirksam ist, so daß neben dem Verfügungsrechte des neu ernannten Liquidators noch das gleiche Recht des abberufenen bestände. Folglich gibt das Gesetz dem Ersatzmann ein Recht, das bis dahin dem Abberufenen zusteht, und entzieht insoweit zugleich das Recht dem Abberufenen. Aber zugunsten redlicher Dritter besteht, solange nicht die erfolgte Abberufung im Handelsregister bekanntgemacht ist (§ 148 HGB.), die Verfügungsbefugnis des Abberufenen gemäß § 15 HGB. fort (JDR. **11** unter 9).

5. ZBlFG. **14** 458 (KG.). Die Anweisung des AG. an den Standesbeamten zur Vornahme einer abgelehnten Amtshandlung wird wirksam mit der an ihn erfolgten Bekanntmachung; er hat also sofort die abgelehnte Eintragung zu bewirken.

6. ZBlFG. **14** 28 Nr. 16, R. **13** Nr. 1509 (BayObLG.). Durch Aushändigung einer Beschlußausfertigung in der Gerichtsschreiberei wird die förmliche Zustellung nicht ersetzt.

7. KGJ. **46** 94, R. **14** Nr. 2689 (KG.). Hat eine Ehefrau beantragt, ihren Ehemann wegen Trunksucht zu entmündigen, so kann die im Anschlusse daran nach § 1906 BGB. ergangene Anordnung des Vormundschaftsgerichts, durch die ihr Mann unter vorläufige Vormundschaft gestellt wird, nicht an die Ehefrau im Wege der Ersatzzustellung (§§ 208, 181 ZPO.) zugestellt werden. § 185 ZPO. findet entsprechende Anwendung.

8. KGJ. **44** 46. Anwendbarkeit des Abs. 3 im preuß. Fürsorgeerziehungsverfahren.

§ 18. Literatur: Brauns, Rechtskraft in der FG., BuschsZ. **44** 215. — Furbach, Kann der Richter der FG. eine rechtskräftig gewordene Verfügung wieder abändern? ZBlFG. **14** 489. — Heyn, Rechtskraft in der FG., ZBlFG. **13** 654. — Josef, Die Gebundenheit des Amtsgerichts an Entscheidungen des Beschwerdegerichts, R. **13** 432. — Derselbe, Die Unabänderlichkeit der über die weitere Beschwerde in der FG. ergangenen Entscheidung, PosMSchr. **13** 28. — Derselbe, Eine Erbschaftsausschlagung auf schwankendem Grunde, BayRpflZ. **13** 330. — Derselbe, Materielle Rechtskraft in der FG., ZBlFG. **15** 149. — Derselbe, Rechtskraft der Entscheidungen in der FG., Hess.

Rspr. **14** 211. — Kamm, Die materielle Rechtskraft in der FG., BuschsZ. **44** 84. — Kleinfeller, Gegenstand der Rechtskraft, in Festgabe für Wach II 13.

I. Abänderlichkeit. 1. ZBlFG. **15** 388 Nr 253, R. **14** Nr. 2543 (Bay. ObLG.). Auch im Bereiche der FG. darf das Untergericht eine Verfügung des Obergerichts nicht außer Wirksamkeit setzen, weil es sie für unrichtig hält.

2. *Josef, R. **13** 432 (gegen Furbach, JDR. **11** unter 6). Verwirft das Beschwerdegericht die Beschwerde als unzulässig, lehnt es also eine sachliche Entscheidung ab, weil es nicht vorschriftsmäßig angerufen sei, so läßt die Beschwerdeentscheidung den Bestand und die rechtliche Bedeutung der angefochtenen Verfügung unberührt, so daß das AG. diese Verfügung so abändern kann, als ob niemals Beschwerde eingelegt gewesen wäre. Anders, wenn das Beschwerdegericht eine sachliche Entscheidung erläßt: auch wenn diese die Beschwerde als unbegründet zurückweist, also die angefochtene Verfügung bestätigt, kann das AG. nicht mehr auf Grund des § 18 seine Verfügung ändern; insoweit ist die Rechtslage nicht mehr durch eine Verfügung des Gerichts erster Instanz, sondern durch die des Beschwerdegerichts geordnet. Denn es ist ein das ganze Rechtsgebiet beherrschender Grundsatz, daß das Untergericht an die rechtliche Beurteilung, die der Bestätigung zugrunde liegt, gebunden ist. Andererseits gibt es in der FG. keine materielle Rechtskraft der Entscheidung; das Gericht kann z. B., wenn der Erbe, nachdem seine Beschwerde verworfen ist, von neuem die Erteilung des Erbscheins beantragt, dem Antrag in diesem neuen Verfahren stattgeben, so etwa besonders, wenn die Rechtsprechung über die Frage sich geändert hat. Das ist keine Änderung der früheren Verfügung, sondern eine neue Verfügung im neuen Verfahren. Die sog. Änderung wegen veränderter Umstände, d. h. auf Grund von Ereignissen oder Zuständen, die erst nach der Beschwerdeentscheidung eingetreten sind, also eine andere, neue Angelegenheit ergeben, steht dem Untergericht auch bezüglich der Beschwerdeentscheidung zu. Die von Furbach angezogene künstliche Begründung aus **RG. 70** 236 (R. **09** Nr. 897) kommt sonach für unsere Frage nicht in Betracht.

3. *Josef, PosMSchr. **13** 28. Der § 18 bezweckt, dem Gerichte, das mit der fortlaufenden und fortdauernden Bearbeitung einer Angelegenheit betraut ist, zu ermöglichen, jede nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen und demgemäß die erlassene Verfügung zu ändern. Diese Erwägung kommt nur in Betracht für das Gericht erster Instanz, nicht für das Beschwerdegericht, dessen Tätigkeit vielmehr darin besteht, die Beschwerdeentscheidung behufs endgültiger Regelung einer streitigen Sachlage zu erlassen, und dessen Verrichtung hiermit beendigt ist. Insbesondere kann das Gericht der weiteren Beschwerde nicht die von ihm auf dieses hin erlassene Entscheidung ändern. Eine solche Änderung ist auch durch das Interesse der Beteiligten nicht geboten, da es in der FG. eine formelle Rechtskraft der Verfügung nicht gibt, die Beteiligten also durch Stellung neuer Anträge beim AG. von diesem eine neue Entscheidung verlangen können und ihnen gegen die Ablehnung ihres Antrags die Beschwerde und die weitere Beschwerde zusteht. Bei der Entscheidung über diese im neuen Verfahren eingelegte weitere Beschwerde ist das OLG. an die Rechtsauffassung seiner früheren Entscheidung nicht gebunden, ebensowenig wenn es eine Sache in die Instanz zurückverwiesen hat und gegen die in diesem neuen Verfahren ergehende neue Entscheidung des Beschwerdegerichts wiederum weitere Beschwerde eingelegt wird. Denn die frühere Entscheidung des OLG. ist in die neue jetzt angefochtene Entscheidung aufgenommen und hat dadurch ihre rechtliche Bedeutung verloren. Das OLG. hat im neuen Verfahren eine selbständige Entscheidung zu treffen, ändert also nicht seine auf die weitere Beschwerde des früheren Verfahrens ergangene Entscheidung, sondern nur seine frühere Rechtsansicht (Ergänzung zu JDR. **11** unter 9, 10). Vgl. zu § 27 unter 9.

4. ZBlFG. **14** 811 Nr. 902, R. **14** Nr. 673 (BayObLG.). Das Vormundschaftsgericht kann die Übernahmeerklärung (§ 46) nach § 18 widerrufen.

5. ZBlFG. **14** 664 Nr. 714, R. **14** Nr. 72 (BayObLG.). War der Mutter das Personensorgerecht entzogen, so muß es ihr nicht schon deswegen entzogen bleiben, weil sie sich nachmals wieder verheiratet hat. Vielmehr muß es ihr auch in diesem Falle zurückgegeben werden, wenn inzwischen die Voraussetzungen der Entziehung weggefallen sind. Die Berechtigung des Gerichts aus § 18 wird zur Pflicht, wenn der gesetzliche Grund zur Entziehung weggefallen ist.

6. BadRpr. **13** 184 (AG. Heidelberg). Legt der wider seinen Willen entlassene Vormund sofortige Beschwerde ein und erklärt er hierbei zugleich, daß er sein Amt freiwillig niederlegen wolle und demgemäß bitte, ihn als Vormund zu entlassen, so kann das Gericht die Entlassungsverfügung aufheben, da hier eine Veränderung der Sachlage eingetreten ist, so daß § 18 Abs. 2 der Aufhebung der angefochtenen Verfügung nicht entgegensteht.

7. Rückwirkende Kraft der abändernden Verfügung (JDR. **11** Nr. 11). **a)** Schlegelberger, Anm. 27. (196): Die abändernde Verfügung hat keine rückwirkende Kraft. Wie Josef, HoldheimsMSchr. **12** 65 (JDR. **11** 1099 unter 7 b). **b)** *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 174. Findet sich nach beendigter Liquidation noch verfügbares Vermögen, so treten ohne weiteres die bisherigen Liquidatoren wieder in Tätigkeit: lediglich wenn sie dies nicht können oder wollen, hat das Gericht Liquidatoren zu bestellen. Nur wenn es sich um eine Aktiengesellschaft handelt, lebt gemäß § 302 Abs. 4 HGB. das Amt der Liquidatoren nicht von selbst wieder auf, sondern das Gesetz verlangt deren Neubestellung durch das Gericht. Der Umstand, daß das Gericht die Liquidation und deren Beendigung in das Handelsregister einträgt, ist hierbei gleichgültig und kann nicht zur Anwendung der Grundsätze von der rückwirkenden Kraft gerichtlicher Verfügungen führen. Denn die Verfügungsmacht der Liquidatoren ist nicht durch eine gerichtliche Verfügung geschaffen, sondern beruht auf Gesetz, und die Eintragung der Löschung der Firma und der Verfügungsmacht der Liquidatoren ändert den so durch Gesetz geschaffenen Rechtszustand nicht, sondern macht nur die Anmeldung seines Erlöschens kundbar. **c)** *Josef, BayRpflZ. **13** 330. Hat das Vormundschaftsgericht genehmigt, daß der Vormund des Entmündigten die Erbschaft ausschlage, und gibt er vor dem Nachlaßrichter die Ausschlagungserklärung ab, zieht aber sodann das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zurück, da es sich überzeugt, daß die Ausschlagung dem Interesse des Mündels widerstreite, so kann der Vormund nicht die Erteilung des Erbscheins für den Entmündigten beantragen, weil die Ausschlagung infolge des nachträglichen Wegfalls der Genehmigung als nicht erfolgt zu gelten habe, sondern der Erbschein ist dem Ersatzerben zu erteilen, weil die Ausschlagung trotz des nachträglichen Wegfalls der Genehmigung wirksam bleibt. Zwar durfte das Vormundschaftsgericht nach § 18 FGG. die Genehmigungsverfügung ändern, so daß mit deren Wegfall auch die Ausschlagung unwirksam zu sein scheint. Ihre Wirksamkeit läßt sich auch nicht aus §§ 32, 55 unmittelbar herleiten. Wohl aber sind diese Vorschriften bei der bruchstückartigen Natur des FGG. nur der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, wonach die Aufhebung einer Verfügung in der FG. niemals rückwirkende Kraft hat. Die Verfügung wird zwar durch die Aufhebung beseitigt, ihr die Wirksamkeit für die Zukunft genommen; aber die inzwischen erfolgten Handlungen des Vertreters können nicht ungeschehen gemacht werden. Ist durch die Verfügung einmal ein neuer Rechtszustand geschaffen, so kann dieser nicht ungeschehen gemacht werden, d. h. also: der Gesetzgeber hat für den besonders wichtigen Fall der §§ 55, 32 nicht eine Ausnahmevorschrift geben wollen, sondern diese Vorschriften sind nur die Anwendung des

allgemeinen Grundsatzes auf besonders wichtige Einzelfälle. Der Gesetzgeber hat also nur sagen wollen: wie überhaupt, so hat auch in den Sonderfällen der §§ 55, 32 die Aufhebung der Verfügung keine rückwirkende Kraft (vgl. zu § 55 u. zu § 32 unter 2).

II. Rechtskraft (JDR. **11** unter II). 1. **a)** KGJ. **44** 301. Ein in allen drei Instanzen abgewiesener Eintragungsantrag kann von dem gleichen oder einem anderen Antragsteller mit der gleichen tatsächlichen Begründung jedenfalls dann von neuem gestellt werden, wenn eine Berichtigung des Grundbuchs verlangt wird. **b)** BayObLG. **14** 532, ZBlFG. **14** 806 Nr. 873. Materielle Rechtskraft besteht in der FG. nicht; eine Wiederaufnahme des Verfahrens im Sinne der ZPO. und der StPO. ist ihr fremd; vielmehr kann hier, soweit nicht besondere Ausnahmen bestehen, jede Angelegenheit der richterlichen Würdigung von neuem unterbreitet werden, ohne daß es dazu des Vorbringens neuer Tatsachen bedarf. **c)** ZBlFG. **15** 254 Nr. 105 (KG.). Verfügungen in der FG. sind materieller Rechtskraft nicht fähig.

2. *Heyn, ZBlFG. **13** 654 ff. Der § 18 bezieht sich nicht auf rechtskräftige Verfügungen. Denn formell rechtskräftige Verfügungen sind unabänderlich; die materielle Rechtskraft bedeutet dagegen die Bindung des Gerichts und der Beteiligten an den Inhalt der formell rechtskräftigen Verfügung, wenn bei gleichbleibender Sachlage eine erneute Entscheidung in Frage kommt, und steht in ihrer Wirkung dem Erlaß einer neuen Verfügung abweichenden Inhalts entgegen. Formell rechtskräftig werden die Verfügungen der FG., wenn sie durch Rechtsmittel — gleichviel, ob durch die sofortige oder die einfache Beschwerde — nicht mehr angefochten werden können. Materiell rechtskräftig werden sie stets dann, wenn der besondere Charakter der betreffenden Verfügung sich mit den Wirkungen der materiellen Rechtskraft vereinbaren läßt.

3. *Brauns, BuschsZ. **44** 215. Die Frage, ob eine Entscheidung in Angelegenheiten der FG. der materiellen Rechtskraft teilhaftig ist oder nicht, läßt sich nur nach der besonderen Natur der entschiedenen Angelegenheit beantworten. Wo aber eine Entscheidung mit materieller Rechtskraft ausgestattet ist, bleibt diese stets nur so lange wirksam, wie die Sach- oder Rechtslage, auf Grund deren sie ergangen ist, unverändert geblieben ist. Auch die Behörden der FG. sind grundsätzlich an ihre Entscheidung gebunden. Eine Änderung ist nur dort möglich, wo das Gesetz eine solche ausdrücklich zuläßt. Aber selbst hier ist der unteren Instanz die Befugnis zur Änderung dann versagt, wenn eine materiell erkennende Entscheidung der höheren Instanzen in der Angelegenheit ergangen ist. Diese Gebundenheit der Behörden ist kein Bestandteil der materiellen Rechtskraft; beides sind wesensverschiedene Dinge. Die Bindung der Behörden besteht auch dort, wo eine Entscheidung der materiellen Rechtskraft ermangelt.

4. *Kleinfeller, Festgabe für Wach II 13. Soweit das Gericht der FG. seine Verfügung ändern kann, kann von materieller Rechtskraft nicht die Rede sein. Soweit die Verfügung der sofortigen Beschwerde unterliegt, kann nur eine Änderung der Verhältnisse Anlaß zur Änderung der Verfügung geben. Insoweit ist der Anspruch, über den die Entscheidung ergeht, z. B. der Anspruch auf Berichtigung des standesamtlichen Registers, auch mit materieller Rechtskraftwirkung festgestellt oder abgelehnt. Nach dem Zwecke der Ausübung der FG. müssen die Gerichte auf jede Änderung der Verhältnisse eingehen; in diesem Falle liegt nicht mehr eadem res vor. — In den Fällen des § 55 und des § 68 Abs. 1 ist die Abänderungsmöglichkeit mit Rücksicht auf Rechte Dritter ausgeschlossen; die Verfügung erlangt, obwohl der einfachen Beschwerde unterliegend, materielle Rechtskraft, so daß auch veränderte Umstände nicht berücksichtigt werden können.

5. *Furbach, ZBlFG. **14** 489. § 18 spricht nur die Zulässigkeit der Ab-

änderung noch nicht formell rechtskräftiger Verfügungen aus; auf ihn ist also die Abänderlichkeit einer rechtskräftigen Verfügung nicht zu stützen, und er regelt nur die Abänderlichkeit in Fortsetzung des alten Verfahrens; in einem neuen selbständigen Verfahren kann das Gericht stets eine Verfügung erlassen, die im Gegensatze zu der rechtskräftigen Verfügung steht. Das ist zweifellos bei eingetretener Veränderung der Umstände, weil hier nicht mehr eadem res vorliegt. Sind dagegen die Verhältnisse die gleichen geblieben, so hängt die Frage der Abänderlichkeit von der Entscheidung der Frage ab, ob formell rechtskräftigen Verfügungen materielle Rechtskraft zukommt. Dies ist nicht einheitlich zu entscheiden; es ist zu bejahen, wo die Gefahr einer materiell unrichtigen Entscheidung das größere Übel ist gegenüber der Gefahr der Unsicherheit des Rechtszustandes. Z. B. ist die Änderung zulässig, wenn das Vormundschaftsgericht dem Vater das Sorgerecht entzogen hat, dieser Beschluß durch Zurückweisung der weiteren Beschwerde rechtskräftig geworden ist und das Vormundschaftsgericht sich von seiner Unrichtigkeit überzeugt. Aus dem gleichen Grunde kann das Vormundschaftsgericht den Volljährigkeitserklärungsbeschluß, auch wenn er rechtskräftig geworden ist, wieder aufheben, wenn es ihn nachträglich für ungerechtfertigt hält. Wenn dagegen das AG. gemäß § 165 einen Pfandverkauf angeordnet hat und diese Verfügung durch Zurückweisung der weiteren Beschwerde rechtskräftig geworden ist, so kann es bei unverändert gebliebenem Sachverhalte die Entscheidung nicht ändern. Denn hier geht das Interesse an einem gesicherten Rechtszustande vor.

6. Schlegelberger, Anm. 8. (172): Materielle Rechtskraft erlangen die Verfügungen im Verfahren der FG. nicht. Dadurch, daß die Beteiligten sich bei einer früheren unrichtigen Entscheidung beruhigen, kann das Gericht nicht gehindert werden, einen der wahren Sachlage entsprechenden Zustand herzustellen.

7. Kamm, BuschsZ. **44** 84. Die Unanfechtbarkeit (formelle Rechtskraft, zu unterscheiden von der bloßen Unangefochtenheit) ist die unerläßliche Voraussetzung der materiellen Rechtskraft. Nur diese letztere steht dem Erlaß einer Verfügung entgegengesetzten Inhalts in einem neuen Verfahren entgegen, nicht aber die Unanfechtbarkeit für sich allein; diese letztere würde nicht hindern, daß das Gericht später eine Verfügung entgegengesetzten Inhalts erläßt. Die Abänderungsbefugnis steht dem Gerichte nicht zu bei Verfügungen der letzten Instanz, sondern nur bei solchen, die noch im Instanzenzug angefochten werden können. Die materielle Rechtskraft hat, weil im Staatsrechte wurzelnd, auch für die Verfügungen der FG. Geltung, so besonders für die des Vormundschaftsgerichts, das als Gericht und nicht als Verwaltungsbehörde tätig wird. Veränderte Umstände, die ein Abweichen von der unanfechtbar gewordenen Verfügung erfordern, gestatten deren Änderung, weil es dann an der Identität der der richterlichen Entscheidung unterbreiteten Sache fehlt; eine Änderung der obergerichtlichen Rechtsprechung steht indes einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nicht gleich.

8. *Josef, ZBlFG. **15** 149. a) Während die ZPO. sowohl die formelle (§ 706) als auch die materielle Rechtskraft regelt (§§ 322 ff.), erwähnt das FGG. im § 31 nur die formelle Rechtskraft, während es Bestimmungen über die materielle Rechtskraft nicht enthält. Und da diese letztere eine positiv-rechtliche Einrichtung ist, also behördlichen Anordnungen nicht als selbstverständlich innewohnt, so gibt es in der FG. bei Entscheidungen, die der unbefristeten Beschwerde unterliegen, keine materielle Rechtskraft (Unabänderlichkeit); sie wäre auch unvereinbar mit dem Zwecke der FG., den Rechtsverkehr zu fördern und neue Rechtslagen zu schaffen. Danach kann das Gericht die sachliche Prüfung eines Antrags nicht deshalb ablehnen, weil in der Sache bereits früher eine dem Antrag entgegengesetzte Entscheidung auf weitere Beschwerde ergangen und also formell rechtskräftig geworden ist; und danach kann das AG. eine Rechtslage, die durch das Gericht der weiteren Beschwerde

also formell rechtskräftig geregelt ist, in einem späteren Verfahren, selbst wenn der Sachverhalt völlig unverändert geblieben ist, durch eine neue Verfügung in entgegengesetzter Weise regeln. Hierzu kann ihm insbesondere eine eingetretene Änderung der Rechtsprechung Anlaß geben. b) Wo dagegen das Gesetz gegen eine Verfügung nur die sofortige Beschwerde gewährt, bringt es hiermit zum Ausdruck, daß die Verfügung in materielle Rechtskraft übergehen solle, d. h. daß das Zuerkannte nicht mehr aberkannt, das Aberkannte nicht mehr zuerkannt werden kann. Das Gericht hat hier also unter Berufung auf die Unabänderlichkeit der Entscheidung die Beschlußfassung über den neuen Antrag abzulehnen. Aber die Rechtskraft der früheren Verfügung reicht nur soweit, wie der neue Antrag auf denselben Sachverhalt gestützt wird, der der früheren Verfügung zugrunde liegt. Wird dagegen dem Gerichte, nachdem eine frühere Verfügung materielle Rechtskraft erlangt hat, ein veränderter Sachverhalt zur Entscheidung unterbreitet, so hat es über den neuen Sachverhalt ohne Rücksicht auf die frühere Verfügung zu entscheiden. Denn die frühere Verfügung erstreckt ihre Kraft nicht auf die neue Sachlage, und die neue Entscheidung regelt die neue Sachlage, aber nicht die alte. Dabei ist es gleichgültig, ob die neuen Tatsachen bereits vor Erlaß der früheren Entscheidung entstanden waren; es genügt vielmehr, daß das Gericht über sie noch nicht entschieden hat.

9. *Josef, HessRspr. **14** 211. a) Die sämtlichen durch einen Einleitungsakt veranlaßten, auf eine Angelegenheit der FG. bezüglichen, bis zur endgültigen Vornahme oder Ablehnung erfolgenden Handlungen des Gerichts und der Beteiligten werden durch die Einheit des Zweckes zu einem Verfahren verbunden. Innerhalb dieses Verfahrens ist das untergeordnete Gericht an die Entscheidungen des übergeordneten Gerichts gebunden, nicht aber nach Abschluß des Verfahrens. Findet nun gegen die das Verfahren beendende Verfügung die einfache Beschwerde statt und war sowohl diese als auch die weitere Beschwerde eingelegt, so ist durch Erschöpfung des Instanzenzugs die Angelegenheit unanfechtbar, also formell rechtskräftig entschieden. Eine Vorschrift aber, wonach (wie in §§ 322 ff. ZPO.) die formelle Rechtskraft zugleich die materielle Rechtskraft, also die Unabänderlichkeit der Entscheidung zur Folge hat, danach das entschiedene Rechtsverhältnis in einer die Beteiligten und das Gericht bindenden Weise regelt, hat das FGG. nicht. Daher kann das Gericht nach Abschluß des Verfahrens in einem neuen Verfahren eine Verfügung erlassen, durch die es das entschiedene Rechtsverhältnis in einer der ergangenen unanfechtbaren Entscheidung entgegengesetzten Weise regelt. So kann es, wenn durch die Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde eine Eintragung abgelehnt oder eine Pflegschaft angeordnet ist, demnächst aber die Beteiligten eine andere Entscheidung beantragen, in ein neues Verfahren hierüber eintreten und insbesondere, wenn sich die Rechtsprechung über die Zulässigkeit jener Handlungen geändert hat, eine Entscheidung erlassen, die mit der im früheren Verfahren ergangenen Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde im Widerspruche steht. Hierfür spricht auch α. der Umstand, daß nach § 18 dem Gerichte die Änderung einer Verfügung nur dann verboten ist, wenn sie der sofortigen Beschwerde unterliegt, so daß, wenn eine Verfügung der unbefristeten Beschwerde unterliegt, die Änderung stets zulässig ist, mag auch die frühere Verfügung infolge Erschöpfung des Instanzenzugs unanfechtbar geworden sein; β. der Zweck der FG., zur Fortentwicklung des Rechtsverkehrs beizutragen, der es erforderlich macht, eine Verfügung zu beseitigen, wenn die durch sie geschaffene Rechtslage sich als unrichtig oder unzweckmäßig erweist. b) Indem aber § 18 Abs. 2 die Änderung einer Verfügung verbietet, die der sofortigen Beschwerde unterliegt, bringt das Gesetz zum Ausdrucke, daß die durch den Fristablauf herbeigeführte formelle Rechtskraft zugleich auch die materielle Rechtskraft des entschiedenen Rechtsverhältnisses zur Folge

haben soll. Das Gericht hat hier also unter Berufung auf die Unabänderlichkeit der Entscheidung die Beschlußfassung über den neuen Antrag abzulehnen. Aber die Rechtskraft der früheren Verfügung reicht nur soweit, als der neue Antrag auf denselben Sachverhalt gestützt wird, der der früheren Verfügung zugrunde liegt. Wird dagegen dem Gerichte, nachdem eine frühere Verfügung materielle Rechtskraft erlangt hat, ein veränderter Sachverhalt zur Entscheidung unterbreitet, so hat es über den neuen Sachverhalt ohne Rücksicht auf die frühere Verfügung zu entscheiden. Denn die frühere Verfügung erstreckt ihre Kraft nicht auf die neue Sachlage, und die neue Entscheidung regelt die neue Sachlage, aber nicht die alte. Dabei ist es gleichgültig, ob die neuen Tatsachen bereits vor Erlaß der früheren Entscheidung entstanden waren; es genügt vielmehr, daß das Gericht über sie noch nicht entschieden hat. Aber nur bei Veränderung des Sachverhalts ist die Änderung der früheren Verfügung zulässig. Daher berechtigt insbesondere auch der Umstand, daß die Rechtsansicht, die der nunmehr rechtskräftigen Verfügung zugrunde liegt, durch eine veränderte Rechtsprechung als unrichtig bezeichnet ist, das Gericht nicht, die rechtskräftige Verfügung zu beseitigen.

§ 19. Literatur: Josef, Beschwerdefähige Entscheidungen in Register- und Grundbuchsachen, WürttZ. 14 33. — Derselbe, Beschwerderecht des Vormundes gegen die Androhung der Entlassung, ZBlVormWes. **14** 111. — Derselbe, Streitige Gerichtsbarkeit bei Schuldtiteln aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZBlFG. **14** 509. — Derselbe, Beschwerde gegen antragsmäßig ergangene Verfügungen, PosMSchr. **13** 58.

1. *Josef, WürttZ. **14** 33. Das Registergericht hat lediglich die Amtspflicht, auf bereits gestellte Eintragungsanträge zu verfügen, nicht aber die Amtspflicht, den Beteiligten auf deren Anfrage oder ohne solche Auskunft darüber zu geben, welche rechtliche Beurteilung das Gericht einem angekündigten (also erst demnächst zu stellenden) Antrag angedeihen lassen werde. Die Beteiligten haben hiernach kein Recht auf eine solche Auskunft; folglich ist, wenn sie eine solche ihnen aus bloßem Entgegenkommen vom Registergericht erteilte Auskunft für unrichtig halten, nicht ein Recht der Beteiligten beeinträchtigt und sie können sonach mangels der Voraussetzungen des § 20 FGG. nicht im Wege der Beschwerde eine Nachprüfung jener Auskunft durch das Beschwerdegericht verlangen. — Auch dem Grundbuchamte liegt keine Amtspflicht zur Erteilung jener Auskunft ob. Erteilt es sie aber freiwillig, und zwar nicht bloß als ein vorläufiges Gutachten, sondern als eine Entscheidung, die bestimmt ist, die Rechtslage der Beteiligten endgültig zu regeln, so stellt sie sich dar als eine Entscheidung im Sinne des § 71 GBO., und die Anfechtung solcher Entscheidungen in Grundbuchsachen steht jedem zu, der an der Beseitigung der Entscheidung ein Interesse hat. Zwar regelt die Grundbuchordnung nur das Verfahren des Grundbuchamts auf Eintragungsanträge, die bereits gestellt sind, und das Grundbuchamt ist nicht verpflichtet, Auskünfte der hier gedachten Art zu erteilen. Aber da das Gesetz die Erteilung solcher Auskünfte auch nicht verbietet, sind sie zulässig; folglich können die Beteiligten nach allgemeinen Grundsätzen die Nachprüfung der Richtigkeit der erteilten Auskunft durch das Beschwerdegericht verlangen.

2. a) OLG. **26** 290 γ (KG.). Bittet ein Miterbe um „Auskunft“, welche Erben mit den Kosten der Nachlaßpflegschaft belastet werden würden, und erteilt das Gericht diese Auskunft, so liegt eine Meinungs-, nicht eine Willensäußerung, also nicht eine beschwerdefähige Verfügung vor. **b)** OLG. **28** 329 c, MecklZ. **13** 190, ZBlFG. **14** 659 Nr. 683 (Rostock). Unter den Begriff der beschwerdefähigen Verfügung fällt auch die Mitteilung des Gerichts, daß es — mit Rücksicht auf schwebende Erbvergleichsverhandlungen — zurzeit nicht auf die gestellten Anträge — Entlassung des Testamentsvollstreckers — eingehen wolle, auch wenn sie nicht in die Form eines

Beschlusses gekleidet ist (JDR. **11** 1088 unter 7, **9** 882 I 1 d, e, f). **c)** KGJ. **44** 34, ZBlFG. **14** 470. Dem Vormunde steht gegen eine Verfügung, die lediglich die Androhung der Entlassung enthält, die Beschwerde nicht zu. **d)** Dagegen *Josef, ZBlVormWes. **14** 111. Die §§ 19, 20 unterscheiden nicht, ob die ein Recht beeinträchtigende Verfügung eine Endentscheidung ist, also das Verfahren abschließt, oder ob sie die Endentscheidung nur vorbereitet. Daher steht dem Vormunde gegen die Verfügung, durch die ihm die Entlassung angedroht wird (ebenso wie gegen die eine Ordnungsstrafe androhende Verfügung) die Beschwerde zu, mit der er geltend macht, daß die Verfügung durch das Gesetz oder die Sachlage nicht gerechtfertigt werde. Hat der Vormund die Beschwerde gegen die Androhung eingelegt, so kann das Vormundschaftsgericht ihn grundsätzlich nicht vor Erlaß der Beschwerdeentscheidung entlassen. Spricht das Vormundschaftsgericht dennoch demzuwider die Entlassung aus und erhebt der Vormund die sofortige Beschwerde, so verliert die von ihm gegen die Androhung eingelegte Beschwerde ihre selbständige Bedeutung und es ist nur über die gegen die Entlassung selbst eingelegte Beschwerde zu entscheiden. Legt der Vormund gegen die Entlassung Beschwerde nicht ein und erachtet das Beschwerdegericht die Androhung der Entlassung für ungerechtfertigt, so hat das Vormundschaftsgericht in Ausführung dieser Beschwerdeentscheidung den entlassenen Vormund von neuem zu bestellen.

3. *Josef, ZBlFG. **14** 509. Erteilt der Notar eine vollstreckbare Ausfertigung in einem Falle, wo er von der Amtsausübung ausgeschlossen ist, so ist diese Vollstreckungsklausel nicht etwa nichtig (§ 7 FGG. mit Art. 84 Pr. FGG.); immerhin war ihre Erteilung unzulässig. Der Schuldner macht daher durch Erinnerung bei dem AG. des Amtssitzes des Notars ihre Unzulässigkeit geltend (§ 797 Abs. 3) und die Entscheidung erfolgt im Verfahren der FG. Weist das Gericht die Erinnerung zurück, so liegt nunmehr eine Verfügung in einer durch Reichsgesetz (§ 797 ZPO.) den Gerichten übertragenen Angelegenheit der FG. (§ 1 FGG.) vor, so daß die Beschwerde nach §§ 19 ff. stattfindet. Sonach findet in allen Fällen die weitere Beschwerde an das KG. statt, und nicht etwa die Beschwerdebeschränkung aus §§ 568 Abs. 2 ZPO. Anwendung (vgl. zu § 1 unter 2 a).

4. **RG. 84** 158, JW. **14** 525, RJA. **13** 242, R. **14** Nr. 1067. Auch gegen die Zurückweisung der Anmeldung wegen des wirtschaftlichen Vereinszwecks ist nur die befristete Beschwerde des § 60 BGB., nicht die unbefristete des § 19 FGG. zulässig (JDR. **9** 883, **4** 16).

5. KGJ. **45** 29, ZBlFG. **15** 258 Nr. 131. Anordnungen des Vormundschaftsgerichts aus §§ 1666, 1635 BGB., die als einstweilige bezeichnet sind, können mit der Beschwerde angefochten werden (vgl. zu § 1 unter 13 a).

6. KGJ. **44** 1, RJA. **12** 208, ZBlFG. **14** 29, R. **13** Nr. 1374. Die Beschwerde ist gegen Zwischenverfügungen, durch die dem Beschwerdeführer eine Auflage gemacht wird, zulässig (JDR. **9** 882 unter I 1 k).

7. KGJ. **43** 139, RJA. **12** 248, SeuffBl. **13** 92, R. **13** Nr. 1013. Eine Zwischenverfügung kann mit der Beschwerde auch nur hinsichtlich eines oder einzelner der vom Gericht erhobenen Anstände angefochten werden (Grundbuchsache).

8. **a)** OLG. **27** 392, RJA. **13** 42, R. **14** Nr. 1154 u. **13** Nr. 1298 (KG.). Gegen Eintragungen ins Handelsregister ist die Beschwerde unzulässig. **b)** Dagegen *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 170. Die Entschließung des Registergerichts, durch die es behufs Kundbarmachung eines Rechtsverhältnisses eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, ist eine Verfügung, durch die das Recht des Eingetragenen oder Dritter schon aus dem Grunde beeinträchtigt sein kann, weil jede Eintragung eine Vermutung für die Richtigkeit des eingetragenen Rechtsverhältnisses erzeugt. Daher steht gegen die Eintragung (und sogar schon gegen die Eintragungsanordnung) dem

Beeinträchtigten die Beschwerde zu (JDR. **11** 1088 unter 11). c) Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 106. Beschwerde findet auch gegen Firmeneintragungen statt.

9. Reformatio in pejus (JDR. **11** 1089 unter 14). a) OLG. **29** 295 (KG.). Die Entscheidung des Beschwerdegerichts darf die Rechtslage des Beschwerdeführers nicht verschlechtern. b) Schlegelberger, Anm. 12 (248) zu § 25. Reformatio in pejus ist nur zulässig, wenn das Gericht erster Instanz in einer Angelegenheit entschieden hat, die überhaupt nicht zur Zuständigkeit der Gerichte gehört; hier muß das Beschwerdegericht die angefochtene Verfügung aufheben, auch wenn der Beschwerdeführer hierdurch ungünstiger zu stehen kommt.

10. *Josef, PosMSchr. **13** 55 (vgl. zu § 29 unter IV 3). a) Ist Voraussetzung einer Verfügung in der FG. ein Antrag und hat das Gericht diesem stattgegeben, hält aber der Antragsteller die so zu seinen Gunsten ergangene Verfügung für unrichtig, so kann er sie nicht durch Beschwerde anfechten. Denn das Rechtsmittelverfahren ist ein bloßer Abschnitt des vom AG. eingeleiteten Verfahrens; dieses Verfahren hat den Zweck, den Antrag zu bescheiden, und dieser Zweck ist für den Antragsteller erreicht durch den seinem Antrage gemäß ergehenden Bescheid. Neue Anträge kann er wieder nur beim AG. stellen, folglich kann er nicht die Abänderung des gestellten Antrags durch Beschreitung der Beschwerdeinstanz erreichen. b) Wo dagegen die gerichtliche Verfügung von Amts wegen erfolgen muß, ist ein etwa auf deren Erlassung gerichteter Antrag nur eine Anregung des Gerichts zum Vorgehen von Amts wegen und bedeutungslos, nachdem das Gericht der Anregung Folge geleistet hat. Der Antragsteller hat hier dieselbe Rechtsstellung wie jeder sonstige sachlich Interessierte, und seinem Beschwerderechte steht daher der Umstand nicht entgegen, daß er selbst früher die jetzt angefochtene Verfügung für richtig und rätlich erachtet hat. Daher kann die Handelskammer eine Verfügung auch dann anfechten, wenn sie selbst deren Erlaß beantragt hat (§ 126 FGG.). c) Die Entscheidungen, die anläßlich der gerichtlichen Mitwirkung bei der Vormundschaftsführung ergehen, sind mehrfach solche, die nur auf Antrag ergehen können (§§ 1631 Abs. 2 Satz 2, 1800, 1859 Abs. 1 BGB.) oder sollen (§ 56 FGG.), sowie solche, bei denen ein Antrag zwar nicht als Voraussetzung gesetzlich vorgeschrieben ist, die aber tatsächlich niemals ohne Antrag erlassen werden, so die Genehmigung zu Rechtshandlungen des Vormundes und die Ersetzung des Gegenvormundes (§§ 1821, 1822, 1812 Abs. 2 BGB.). Auch bei diesen Verfügungen hat sich das Vormundschaftsgericht lediglich von dem Gesichtspunkte der Beförderung des Wohles des Mündels leiten zu lassen, und der Antrag des Vormundes (oder des Mündels) ist nur die Kundgabe, daß er zurzeit den Erlaß der Verfügung als im Interesse des Mündels liegend erachte. Da der Vormund seine Ansicht hierüber ändern kann, kann er auch nicht gehindert sein, die Verfügung, selbst wenn sie seinem Antrage gemäß ergangen ist, durch Beschwerde anzufechten.

11. KGJ. **43** 1, ZBlFG. **14** 28 Nr. 17 b. Stellte der beim Gerichte der FG. gestellte Antrag sich seinem sachlichen Inhalte nach als Erhebung eines privatrechtlichen Anspruchs gegen den Justizfiskus dar (z. B. auf Herausgabe einer Urkunde), so hat das Gericht die Entscheidung darüber abzulehnen. Hat es jedoch eine sachliche Entscheidung auf den Antrag getroffen, so steht die mangelnde Zulässigkeit des Antrags der Zulässigkeit der Beschwerde nicht entgegen.

12. Umfang der Tätigkeit des Beschwerdegerichts. a) KGJ. **44** 4, R. **13** Nr. 175. Das LG. ist als Beschwerdegericht nur mit der Nachprüfung des angefochtenen Beschlusses des AG. befaßt; er allein ist Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Das LG. darf nicht darüber hinaus Anordnungen treffen, die Sache des Gerichts erster Instanz sind; es kann z. B. den Pfleger, der gegen die Verhängung der Ordnungsstrafe Beschwerde führt, nicht wegen der im Beschwerdeverfahren festgestellten Pflichtwidrigkeiten entlassen. b) *Josef, ThürBl. **13** 241.

Die Beschwerde findet nur in dem Umfange statt, in dem bereits das AG. eine Verfügung getroffen hat. Hat dieses also die Erteilung des Erbscheins als gesetzlich unzulässig abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht nur die Zulässigkeit der Erteilung aussprechen, nicht aber über die Höhe der einzelnen Erbteile entscheiden. Diese Entscheidung liegt lediglich dem AG. ob und zur Beseitigung der neuen diesbezüglichen Entscheidung des AG. findet wieder nur die erste Beschwerde statt, nicht aber die weitere Beschwerde gegen die ergangene Beschwerdeentscheidung (vgl. zu § 23 unter 3, 4).

13. Erstinstanzliche Verfügungen des Beschwerdegerichts (JDR. **9** 883 unter II). a) Schlegelberger, Anm. 24 b. (211): Ist das LG. mit der Angelegenheit in seiner Eigenschaft als Beschwerdegericht befaßt, so findet § 19 Abs. 1 grundsätzlich auf die Verfügungen keine Anwendung, die erst durch neue Anträge der Beteiligten oder durch Zwischenfälle im Beschwerdeverfahren entstanden sind (Armenrechtsgesuche, Zeugnisverweigerung, Ablehnung von Sachverständigen). Nur infolge positiver Anordnung des Gesetzes in den §§ 14, 15 FGG. ist in diesen Fällen gegen die Verfügung des LG. auch dann die Beschwerde nach § 19 (nicht die weitere Beschwerde) zugelassen, wenn das LG. mit der Hauptsache als Beschwerdegericht befaßt ist. b) OLG. **28** 332 (Hamburg). Die Beschwerde ist nur gegen Verfügungen des Gerichts erster Instanz zulässig, also unzulässig gegen die Verfügung des Beschwerdegerichts, durch die es die Akteneinsicht versagt. c) R. **13** Nr. 1009 (BayObLG.) s. zu § 199.

14. Gerichtswechsel. KGJ. **43** 30, RJA. **12** 174, ZBlFG. **14** 38, R. **13** Nr. 2477. Hat ein Vormundschaftsgericht die Vormundschaft an ein anderes Gericht abgegeben, und dieses sie übernommen, so ist zur Entscheidung über Beschwerden gegen die von dem alten Gerichte vor der Abgabe erlassenen Verfügungen nur das dem neuen Vormundschaftsgericht vorgesetzte LG. zuständig (JDR. **9** 890 unter 5).

15. Josef, ZBlFG. **14** 510 (Beschwerde gegen preußische Notare). Die Artt. 49, 50 PrFGG. handeln von dem Rechte der Beteiligten auf eine — einfache — Ausfertigung, haben also mit dem Rechte auf eine vollstreckbare Ausfertigung nichts zu tun. Wenn nun Art. 51 eine Beschränkung des Gerichtsschreibers bei der Erteilung von Ausfertigungen festsetzt und die Rechtsbehelfe gegen Verweigerung der notariellen Ausfertigung regelt, so kann er folglich gleichfalls das Wort „Ausfertigung" nur in dem Sinne verstehen, wie es die Artt. 49, 50 gebrauchen, also im Sinne von einfacher Ausfertigung. Überhaupt stellt sich die Weigerung des Notars, zu einer vorhandenen oder herzustellenden Ausfertigung die Vollstreckungsklausel beizufügen, nicht als Verweigerung der Erteilung einer Ausfertigung dar, so daß schon nach dem Wortlaute des Art. 51 Abs. 2 gegen diese Weigerung die Angehung der Zivilkammer nicht stattfindet.

§ 20. Literatur: Josef, Beschwerderecht des Vermächtnisnehmers in der FG., ElsLothJZ. **13** 541. — Derselbe, Die Einwirkung des neuen Staatsangehörigkeitsgesetzes auf das Verfahren des Vormundschaftsgerichts, AÖffR. **13** 540. — Derselbe, Übergang des Beschwerderechts auf die Erben, WürttZ. **14** 321. — Lilie, Beschwerderecht der standesamtlichen Aufsichtsbehörde gegen gerichtliche Verfügungen, Gruchots Beitr. **58** 806.

I. Allgemein. 1. § 19 Abs. 1 StaatsangehörigkeitsG. vom 22. Juli 1913: „Die Entlassung einer Person, die unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, kann nur von dem gesetzlichen Vertreter und nur mit Genehmigung des deutschen Vormundschaftsgerichts beantragt werden. Gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts steht auch der Staatsanwaltschaft die Beschwerde zu; gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts ist die weitere Beschwerde unbeschränkt zulässig." Vgl. dazu Josef, AÖffR **13** 551 u DJZ. **14** 1305, ZBlFG. **15** 247 (KG.) sowie R. **14** Nr. 2880 (Dresden).

2. R. **14** Nr. 2729 (BayObLG.). Die Beeinträchtigung des Beschwerdeführers wegen formeller Ungültigkeit einer Verfügungsbeschränkung fällt dadurch nicht endgültig fort, daß sich der Antragsteller durch Erwirkung einer anderweitigen einstweiligen Verfügung geschützt hat; denn diese kann jederzeit auf Widerspruch beseitigt werden.

3. ThürBl. **12** 179, ZBlFG. **14** 467 Nr. 513 (Jena). Der Erbschaftsteueranspruch des Fiskus ist ein Recht im Sinne des § 20; seine Beeinträchtigung kann vom Erbschaftssteueramt durch Beschwerde geltend gemacht werden (JDR. **9** 884 unter I c, d).

4. a) R. **14** Nr. 121 (BayObLG.). Keine Beeinträchtigung, weil der Beschluß erster Instanz (vgl. § 25) nicht mit Gründen versehen ist. b) Vgl. zu § 25 unter 1.

5. KGJ. **45** 145, RJA. **13** 84, ZBlFG. **15** 253 Nr. 102, R. **14** Nr. 2097 (Vererblichkeit des Beschwerderechts; JDR. **11** 1095 unter 7). Das Beschwerderecht ist vererblich. Bei Beschwerden, mit denen ein in erster Instanz zurückgewiesener Antrag weiter verfolgt wird, ist die Frage, ob das Beschwerderecht von mehreren Beschwerdeberechtigten nur gemeinschaftlich oder von jedem selbständig ausgeübt werden kann, grundsätzlich danach zu entscheiden, ob der Antrag nur gemeinschaftlich oder von jedem Berechtigten selbständig gestellt werden konnte. Der Antrag auf Erteilung des Erbscheins kann, falls der Erbe mehrere Erben hinterläßt, von jedem Erbeserben ohne Mitwirkung der anderen gestellt werden. Jeder Erbeserbe ist daher auch selbständig zur Einlegung der Beschwerde befugt, wenn der Antrag schon von dem Erben gestellt und diesem gegenüber zurückgewiesen worden ist.

6. Dagegen *Josef, WürttZ. **14** 321. a) Da nach § 20 FGG. die Beschwerde jedem zusteht, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist, so steht sie, wenn das Recht mehrerer beeinträchtigt ist, jedem von ihnen selbständig, also ohne Mitwirkung der anderen Beeinträchtigten zu, also z. B. jedem Miterben, wenn der Erbschein unrichtig oder unvollständig oder die Nachlaßsicherung oder auf Antrag eines Gläubigers die Nachlaßverwaltung angeordnet ist. b) Ist indes bereits das Recht des Erblassers durch die Verfügung beeinträchtigt, so ist das diesem zustehende Beschwerderecht zwar auf seine Erben übergegangen; da aber die Einlegung der Beschwerde sich als eine Maßregel zur Verwaltung des Nachlasses darstellt, so steht in diesem Falle die Beschwerde nach § 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB. den Miterben nur gemeinschaftlich zu. War aber dem Erblasser eine Erbschaft zugefallen und war sein Antrag auf Auseinandersetzung oder auf Erteilung des Erbscheins zurückgewiesen, so steht die Beschwerde gegen die zurückweisende Verfügung jedem seiner Erben selbständig zu. Denn wie in diesem Falle jeder Erbe ohne Mitwirkung der Miterben die Auseinandersetzung betreffs desjenigen Nachlasses beantragen kann, von dem der dem Erblasser angefallene Nachlaß nur ein Bestandteil ist (§ 2357 Abs. 1 Satz 2 BGB., § 86 Abs. 2 FGG.), so entspricht diesem Antragsrechte das selbständige Beschwerderecht gegen die auf den Antrag des Erblassers ergangene Verfügung. c) Sofern ein Antrag von mehreren Beteiligten nur gemeinschaftlich gestellt werden kann, steht auch die Beschwerde gegen die ihn zurückweisende Verfügung den Antragstellern nur in Gemeinschaft zu (vgl. unten IV unter 4). Denn die Beschwerde ist nur die Weiterverfolgung des in erster Instanz gestellten Antrags beim Beschwerdegericht und mit dem Abänderungsverlangen. Insbesondere können auch mehrere Testamentsvollstrecker, da ihnen die Verwaltung des Nachlasses gemeinschaftlich zusteht (§ 2224 BGB.), die Beschwerde (z. B. gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Erteilung des Erbscheins) nur gemeinschaftlich einlegen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz enthalten die §§ 82 Abs. 1 und 58 FGG., wonach bei einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern in den hier bezeichneten beiden Fällen und bei einer Mehrheit von Vormündern in allen Fällen jedem selbständig die Beschwerde zusteht. d) Mit dem Übergang eines Rechtes gehen auf den neuen Inhaber auch die Rechts-

behelfe über, die auf dem Gebiete der FG. mit dem Rechte verbunden sind, und dem Erwerber des Rechtes steht die Beschwerde auch dann zu, wenn er das Recht erst nach Erlaß der beeinträchtigenden Verfügung erworben hat; denn diese beeinträchtigt dann das Recht des Erwerbers.

7. Beschwerde gegen bloße Gründe. *Josef, ElsLothJZ. **13** 541. Hat das Nachlaßgericht festgestellt, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist (§ 1964), erhebt hiergegen der Fiskus Beschwerde und hebt das Beschwerdegericht jene Feststellung auf mit der Begründung, daß einer der Verwandten des Erblassers die Erbschaft verspätet ausgeschlagen habe, folglich endgültig Erbe geblieben sei, so steht diesem Verwandten gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts die weitere Beschwerde nicht zu. Denn jener Ausspruch beeinträchtigt kein Recht dieses Verwandten und ist gegen diesen nicht verbindlich; die Gründe schaffen nicht nach außen Recht, sondern stellen lediglich eine Meinungsäußerung des Gerichts dar. Der nach den Gründen angeblich Erbe Gebliebene hat nur ein wirtschaftliches Interesse an der Beseitigung jener Feststellung. Vgl. unten III 4 und 9 b sowie IV 2.

II. Vormundschaftssachen. 1. *Josef, AÖffR. **13** 550. Der Staatsanwalt (oben I 1) kann die Beschwerde gegen den Beschluß, durch den das Vormundschaftsgericht genehmigt, daß der gesetzliche Vertreter die Entlassung des Minderjährigen aus dem Staatsverbande beantrage, nur darauf stützen, daß die Genehmigung dem Besten des Minderjährigen widerspreche, nicht aber darauf, daß das öffentliche Interesse an der Erhaltung der deutschen Wehrmacht die Versagung der Genehmigung erfordere. Denn nur das Interesse des Mündels, nicht das öffentliche Interesse konnte für die Entschließung des Vormundschaftsgerichts in Betracht kommen. Dazu DJZ. **14** 1305, ZBlFG. **15** 247 (KG.) sowie R. **14** Nr. 2880 (Dresden).

2. KGJ. **44** 60, RJA. **13** 7, ZBlFG. **14** 471 (KG.); OLG. **30** 161; ZBlFG. **14** 810, R. **14** Nr. 1339 (Stuttgart). Dem Gerichtsherrn steht bei Beschlagnahme des Vermögens eines abwesenden Beschuldigten im Militärstrafverfahren auf Grund des § 20 wie des § 57 Ziff. 3 die Beschwerde gegen die Verfügung zu, durch die das Vormundschaftsgericht die Einleitung einer Güterpflege ablehnt (JDR. **11** 1091 unter 10).

3. OLG. **29** 297, RJA. **13** 73, R. **14** Nr. 2110 (KG.). Ist in einem gegen die Mutter aus § 1666 BGB. eingeleiteten Verfahren dem Kinde ein Pfleger bestellt, so steht ihm gegen den die Pflegschaft aufhebenden Beschluß die Beschwerde nicht auf Grund des § 20, wohl aber des § 57 Ziff. 9 zu (JDR. **9** II unter 9).

4. BayObLG., JDR. **11** 1091 unter 2 (Ersetzung der Zustimmung des Vormundes), jetzt auch OLG. **26** 211.

5. RJA. **12** 173, R. **13** Nr. 2478 (KG.). Beschwerderecht des ohne Einschränkung bestellten Vormundes, dem später nach § 1801 die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels entzogen wird (vgl. zu § 57 Ziff. 9 Nr. 1).

6. KGJ. **45** 38, RJA. **13** 188, ZBlFG. **15** 258 Nr. 132 (KG.). Der zum Vormund Ausgewählte darf die Wahl nicht wegen Verletzung des § 1779 Abs. 2 Satz 1 BGB. mit der Behauptung anfechten, daß er seiner persönlichen Verhältnisse wegen zur Führung der Vormundschaft ungeeignet sei, sondern er kann im Beschwerdewege die Weigerung nur darauf stützen, daß ein gesetzlicher Ablehnungsgrund vorliege.

7. RJA. **13** 69, R. **14** Nr. 2109 (KG.). Ist einer mit ihrem Manne in Gütertrennung lebenden Frau für ihre Vermögensangelegenheiten ein Pfleger (§ 1910 BGB.) bestellt, so steht dem Manne hiergegen die Beschwerde nicht zu.

8. KGJ. **45** 66, ZBlFG. **15** 259 Nr. 137. Beschwerderecht des befreiten Vormundes, wenn in der Bestallung die Befreiungen unvollständig aufgeführt sind.

9. ZBlFG. **14** 37 Nr. 70, R. **13** Nr. 1006 (KG.). Hat bei der Bestellung eines

Pflegers nach § 1910 BGB. keine Umschau unter den Verwandten und Verschwägerten des Pfleglinges stattgefunden, so ist die Bestellung zwar wirksam; jene können aber die Verletzung des § 1779 BGB. durch Beschwerde geltend machen.

10. ZBlFG. **15** 253 Nr. 101, R. **14** Nr. 1699 (KG.). Gegen die Bestellung eines Abwesenheitspflegers steht dem Gläubiger des Abwesenden die Beschwerde nicht zu (JDR. **11** 1091 unter 3).

11. HansGZ. **14** Beibl. 124, ZBlFG. **15** 30 Nr. 12 (Hamburg). Der Bruder des unter vorläufige Vormundschaft Gestellten ist nicht beschwerdeberechtigt (JDR. **11** 1091 unter 14).

12. Beschwerde gegen Volljährigkeitserklärung s. zu § 56.

13. ZBlFG. **14** 470 Nr. 534 (LG. Gießen). Gegen eine Verwaltungshandlung des Vormundes, wie sie die Vergütung für eine in seinem Auftrage von einem Verwandten des Mündels gemachte Reise ist, gibt es keine Beschwerde. Möglichkeit der Unterhaltspflicht und der Erbberechtigung begründen kein Beschwerderecht.

14. a) ZBlFG. **14** 596 (Dresden). Mangelndes Beschwerderecht des Testamentsvollstreckers gegen die Bestellung eines Pflegers für ungewisse Nacherben. b) ZBlFG. **14** 665 Nr. 724 (LG. Mannheim). Kein Beschwerderecht der zur Vorerbin eingesetzten Mutter gegen die Bestellung eines Pflegers für das zum Nacherben eingesetzte Kind.

III. Nachlaßsachen. 1. DJZ. **14** 237 (KG.). Beschwerde wegen Ablehnung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers.

2. ZBlFG. **15** 264 Nr. 167, R. **14** Nr. 1856 (BayObLG.). Wird nach durchgeführter Einziehung des Erbscheins noch Beschwerde gegen die Anordnung der Einziehung erhoben, so kann das an sich unzulässige Rechtsmittel nach seiner Begründung als Antrag auf Ausstellung eines neuen, mit dem früheren gleichlautenden Erbschein aufgefaßt werden.

3. BayRpflZ. **14** 387, R. **14** Nr. 2730 (BayObLG.). Der Verwalter im Konkurs über den Nachlaß eines Kindes kann Beschwerde gegen die Ablehnung der Erbscheineinziehung erheben, wenn sich der Streit um den Fortbestand der elterlichen Nutznießung am Kindesvermögen handelt.

4. OLG. **26** 287 (KG.). Wird die Feststellung des fiskalischen Erbrechts abgelehnt, weil ein Verwandter des Erblassers die Erbschaft nicht rechtzeitig ausgeschlagen habe, also Erbe geworden sei, so steht dem Verwandten die Beschwerde nicht zu (oben I unter 7).

5. OLG. **29** 297 Anm., R. **14** Nr. 1909 (BayObLG.). Beschwerderecht des Vermächtnisnehmers, der im Erbscheine nicht als solcher, sondern als Erbe bezeichnet ist.

6. OLG. **26** 362, ZBlFG. **13** 702, R. **13** Nr. 535 (BayObLG.). Beschwerderecht des Testamentsvollstreckers gegen die Ablehnung der Einziehung des Erbscheins.

7. *Josef, ElsLothJZ. **13** 541. Beschwerde wegen Ablehnung der Bestätigung bei der Auseinandersetzung; s. zu §§ 96, 98.

8. ZBlFG. **14** 815 Nr. 926, R. **14** Nr. 1155 (BayObLG.). Hat das Nachlaßgericht dem § 1835 zuwider über den Anspruch des Nachlaßverwalters auf Auslagenersatz sachlich verfügt, so steht ihm dagegen die Beschwerde zu.

9. *Josef, ElsLothJZ. **13** 541 (gegen Colmar, JDR. **11** 1092 unter 5). a) Dem Vermächtnisnehmer steht lediglich ein persönlicher Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes gegen den Erben zu; dieses sein Recht wird durch die Anordnung der Nachlaßpflegschaft (§ 1960 BGB.) nicht beeinträchtigt, auch nicht einmal berührt, sondern im Gegenteile gefördert, da der

Vermächtnisnehmer seinen Anspruch gegen den Nachlaßpfleger sofort geltend machen kann, während er, wenn die Nachlaßpflegschaft nicht angeordnet wäre, hiermit warten müßte, bis der Erbe feststeht. Folglich steht dem Vermächtnisnehmer nicht die Beschwerde gegen die Anordnung der Nachlaßverwaltung zu. b) Erachtet das Nachlaßgericht ein Testament, das zugleich eine Vermächtnisanordnung enthält, für formungültig und erteilt es demgemäß den Erbschein dem gesetzlichen Erben, so verneint es hierdurch mittelbar zugleich die Wirksamkeit des Vermächtnisses. Dennoch steht gegen diese Entscheidung dem Vermächtnisnehmer die Beschwerde nicht zu; er kann also, wenn der Testamentserbe sich bei dieser Entscheidung beruhigen will, nicht verlangen, daß das Beschwerdegericht dem gesetzlichen Erben das Erbrecht abspreche. Denn jene Entscheidung des Nachlaßgerichts enthält über die Gültigkeit des Vermächtnisses keinen Ausspruch. Das dem Vermächtnisnehmer allein zustehende Recht, vom eingesetzten Erben Leistung des Vermächtnisses zu verlangen, wird durch jene Entscheidung des Nachlaßgerichts nicht beeinträchtigt; jene in den Gründen der über den Erbschein getroffenen Entscheidung ausgesprochene Rechtsansicht steht seinem Anspruche nicht entgegen, und das Prozeßgericht hat selbständig darüber zu entscheiden, ob das Testament formgültig, der Beklagte also Erbe geworden und zur Leistung des Vermächtnisses verpflichtet ist (oben I unter 7; und § 1 unter 14 c).

IV. Handelsregister. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 107. Dem Registergericht steht auf Grund des § 20 FGG. Prüfungsrecht und -pflicht zu hinsichtlich der Qualitäten und Erscheinungsformen der Sacheinlagen der angemeldeten GmbH. (gegen RJA. **12** 59 [KG.]).

2. *Josef, ElſLothJZ. **13** 541. Ist Gegenstand des Vermächtnisses der Nießbrauch an einem Handelsgeschäft mit der Befugnis des Vermächtnisnehmers zur Fortführung der Firma des Erblassers und lehnt das Registergericht den Antrag jenes, ihn gemäß § 22 Abs. 2 HGB. als Firmeninhaber einzutragen, ab, weil das Testament formungültig sei, so steht die Beschwerde nach § 20 Abs. 2 FGG. nur dem Vermächtnisnehmer, nicht dem eingesetzten Erben zu. — Ist der eingesetzte Erbe Firmeninhaber geworden und in diesem Testamente zugleich ein Vermächtnis angeordnet, so ist, wenn das Registergericht die Eintragung des Erben wegen Formungültigkeit des Testaments ablehnt, zwar mittelbar auch die Wirksamkeit des Vermächtnisses verneint. Aber einen Ausspruch hierüber enthält jene Verfügung des Registergerichts nicht; die ihr zugrunde liegende Rechtsansicht steht dem Anspruche des Vermächtnisnehmers nicht entgegen, über den das Prozeßgericht selbständig entscheidet.

3. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 82. Gegen die die Eintragung der Kommanditgesellschaft ablehnende Verfügung steht dem Kommanditisten die Beschwerde nicht zu; denn aus der Anmeldepflicht (§§ 161, 106 Abs. 2 HGB.) entfließt nicht das Beschwerderecht. Er ist auch nicht etwa neben dem Komplementar zur Beschwerde berechtigt; Anmeldepflicht und Beschwerderecht korrespondieren nicht miteinander in allen Fällen.

4. Dagegen *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 176. Die Anmeldung der Kommanditgesellschaft muß sowohl durch den persönlich haftenden Gesellschafter als auch durch den Kommanditisten erfolgen (§§ 161, 106 Abs. 2 HGB.); sie ist ein Antrag im Sinne des § 20 Abs. 2 FGG. Folglich steht die Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung, da die Beschwerde nur eine Wiederholung und Weiterbetreibung des Antrags ist, lediglich dem persönlich haftenden Gesellschafter und dem Kommanditisten gemeinschaftlich zu.

5. Ehrenberg, Hdb. d. ges. HR. 603. Handelt es sich um die Anordnung einer Löschung (z. B. der einer Firma), die vom Registergericht auf Anmeldung verfügt oder bereits vollzogen ist, so ist die Beschwerde des Beein-

trächtigten zulässig; ebenso aber auch, wenn die Löschung von Amts wegen erfolgt ist und das Registergericht es unterlassen hat, einen Beteiligten von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen oder ihm eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu setzen. In diesen Fällen ist die Beschwerde sowohl vor wie nach der Löschung zulässig. — Handelt es sich um die Anordnung einer Neueintragung, so gilt dasselbe, solange die Eintragung noch nicht erfolgt ist. Sobald dagegen die Neueintragung erfolgt ist, ist damit ein Rechtsverhältnis geschaffen worden, das nicht ohne weiteres wieder durch eine Verfügung beseitigt werden kann, sondern nur auf Grund eines förmlichen amtlichen Löschungsverfahrens (§§ 141 ff.). Der durch die erfolgte Eintragung Beeinträchtigte muß also die Einleitung des amtlichen Löschungsverfahrens beim Registergerichte beantragen.

6. RJA. **12** 218, LeipzZ. **13** 165, R. **13** Nr. 572, 573 (BayObLG.). a) Die Gläubiger und die Aktionäre einer aufgelösten Aktiengesellschaft können zwar die Erneuerung der Liquidation beantragen und gegen deren Ablehnung sich beschweren; dagegen fehlt ihnen das Beschwerderecht gegen die Anordnung der Erneuerung. b) Der frühere Liquidator ist gegen die Wiederaufnahme der Liquidation beschwerdeberechtigt.

7. Dagegen (zu b) *Josef, LeipzZ. **14** 657. Die Verfügung, durch die die Wiederaufnahme der Liquidation angeordnet wird, die neue Eintragung, daß die Gesellschaft wieder in das Liquidationsstadium getreten sei, stellt sich dar als eine gemäß § 142 FGG. erfolgte Aufhebung der früheren Löschungsverfügung. Die früheren Liquidatoren erlangen aber nach § 302 Abs. 4 HGB. nicht kraft Gesetzes ihre Rechtsstellung wieder, sondern nur durch eine neue Ernennung seitens des AG. Solange diese nicht erfolgt, hat der frühere Liquidator kein Recht zur Vertretung der Gesellschaft, kann also auch nicht deren etwaiges Interesse am Unterbleiben der weiteren Liquidation durch Beschwerde verfolgen. In diesem Stadium des Verfahrens fehlt es eben an einem Organe zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft, die übrigens nach erfolgter Neubestellung der Liquidatoren durch diese noch immer Beschwerde gegen jene Anordnung führen kann.

8. Hiergegen Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 153. Die Eintragung, daß die Liquidation wieder eröffnet sei, und die Neubestellung von Liquidatoren durch das Gericht ist nicht als Verfügung aus § 142 FGG. zu behandeln, nicht als Aufhebung der früheren Löschungsverfügung, sondern als Deklaration, daß wegen des nachträglich festgestellten Liquidationsfortsetzungsbedürfnisses die Aktiengesellschaft fortbestehe. Für die Anwendung des § 142 fehlt es an den Voraussetzungen. Der § 302 Abs. 4 HGB. stellt in seinem Tatbestand etwas ganz anderes dar, als daß „wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung" die Löschungseintragung unzulässig war. Auch fehlt es in diesem Stadium an den Voraussetzungen des Abs. 2. Die die Wiederaufhebung der Liquidation betreibenden „Beteiligten" regen als Selbstinteressenten das Verfahren an; es liegt also kein Offizialverfahren des Gerichts vor, wie § 142 voraussetzt. Die früheren Liquidatoren sollen „erneut bestellt" werden; werden sie vom Gericht übergangen, so ist ihr, nicht der Gesellschaft, Recht beeinträchtigt, und daher kommt es nicht in Betracht, daß sie nicht mehr Organe der von ihnen möglicherweise unrichtig als beendet angemeldeten Gesellschaft sind. Ihr Beschwerderecht ergibt sich auch daraus, daß sie sich gegen den Vorwurf verteidigen, sie hätten zu Unrecht die Liquidationsbeendigung angemeldet.

9. Beschwerde gegen Eintragungen s. zu § 19 unter 8.

V. Vereinsregister. KGJ. **44** 163, RJA. **12** 240, R. **13** Nr. 2783 u. S. 112. Wird gegen einen die Anmeldung eines Vereins in das Vereinsregister zurückweisenden Beschluß die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der ZPO. eingelegt, so regelt sich die Beschwerdebefugnis nach dem FGG. (s. oben § 19 zu 4). Kein Beschwerderecht der Verwaltungsbehörden.

VI. Personenstandsregister. 1. ZBlFG. 15 265 Nr. 178, R. 14 Nr. 1733 (BayObLG.). Gegen einen Berichtigungsbeschluß des AG. steht auch der Aufsichtsbehörde die Beschwerde zu (JDR. 9 zu III 2).

2. Lilie, GruchotsBeitr. 58 806. Die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde des Standesbeamten ist ausgeschaltet und die des AG. vorgeschrieben, wenn er eine Amtshandlung ablehnt; folglich ist durch die so ergehende Entscheidung auch kein Recht der Aufsichtsbehörde beeinträchtigt, diese also nicht beschwerdeberechtigt. — Verlangt die Aufsichtsbehörde eine spätere Ergänzung der beim AG. aufbewahrten Nebenregister und lehnt der in erster Linie für alle das Nebenregister betreffenden Amtshandlungen zuständige Gerichtsschreiber sie ab, so ist zunächst eine Entscheidung des Richters herbeizuführen. — Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde gegen den die Berichtigung ablehnenden Beschluß.

VII. Grundbuchsachen. *Josef, ElsLothJZ. 13 541 (verglichen mit FGG., JDR. 11 1094 unter VIII). In Grundbuchsachen steht die Beschwerde jedem zu, dem die Verfügung zum Nachteile, zur Beschwernis gereicht, der an ihrer Beseitigung ein Interesse hat. Folglich steht, wenn das Testament mit der Erbeinsetzung zugleich eine Vermächtnisanordnung enthält, das Grundbuchamt aber die Eintragung des Eigentums des Erben ablehnt, weil das Testament formungültig sei, die Beschwerde hiergegen auch dem Vermächtnisnehmer zu. Denn ihm gereicht jene Verfügung zur Beschwernis, weil ihre Begründung mit der Formungültigkeit des Testaments mittelbar zugleich die Unwirksamkeit des Vermächtnisses behauptet (oben I zu 7).

§ 21. Literatur: Josef, Anwendbarkeit des § 130 BGB. im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, WürttZ. 14 226. — Derselbe, Zurücknahme der Beschwerde und Verzicht auf sie, SeuffBl. 13 354.

1. Josef, WürttZ. 14 226. Tod des Beschwerdeführers vor und nach Eingang der Beschwerde; s. zu § 1 unter 3.

2. Vererblichkeit der Beschwerdeberechtigung; s. zu § 20 unter I 5, 6.

3. R. 14 Nr. 120 (BayObLG.). Der Stiefvater kann sich der Beschwerde der leiblichen Mutter hinsichtlich der persönlichen Obsorge und Vormundsentlassung jedenfalls auf Grund des § 1354 anschließen.

4. RJA. 12 77, ZBlFG. 14 28 Nr. 18, R. 13 Nr. 1510 (KG.). Telegraphische Einlegung der Beschwerde durch eine Behörde ist zulässig, wofern nur die Urschrift des Telegramms durch den zuständigen Beamten eigenhändig unterzeichnet ist (JDR. 11 unter 5 u. 6; vgl. zu § 11).

5. KGJ. 43 1, ZBlFG. 14 28 Nr. 17. Einlegung zu Protokoll des Amtsrichters, wenn es der Beschwerdeführer unterschrieben hat, gilt als zulässige Beschwerdeschrift (JDR. 9 unter 3).

6. Verzicht und Rücknahme. *Josef, SeuffBl. 13 354. a) Die GBO. und das FGG. haben zwar keine ausdrückliche Vorschrift, daß ein Verzicht auf die Beschwerde zulässig sei. Wie dieser Verzicht aber in der streitigen Gerichtsbarkeit, obwohl die ZPO. keine ausdrückliche Vorschrift hierüber hat, dennoch zulässig ist, so ist er auch im Verfahren der FG., namentlich in Grundbuchsachen, zulässig. Denn das Wesen dieser Rechtsangelegenheiten steht der Zulässigkeit eines Beschwerdeverzichts nicht entgegen, und seine Zulässigkeit erscheint gegenteils behufs gesicherter Erledigung der Angelegenheiten auch in der FG. geboten. Dieser Verzicht ist ganz wie der Verzicht auf ein Beweismittel oder wie die Beschwerdeeinlegung eine prozessuale Maßregel, eine bloße Verfahrenshandlung, die folglich keiner Annahme seitens des Gegenbeteiligten bedarf und daher rechtswirksam ist, wenn sie gegenüber dem Gericht abgegeben wird, bei dem die Rechtsangelegenheit anhängig ist, also beim AG. (GBA.). Dem Beschwerdegerichte gegenüber kann

diese Erklärung nicht abgegeben werden, weil ein Beschwerdegericht erst besteht, wenn Beschwerde bereits eingelegt ist, während die Verzichtserklärung begrifflich vor Einlegung der Beschwerde abgegeben wird und nach diesem Zeitpunkte nur noch eine Rücknahme der eingelegten Beschwerde in Frage kommt. Die Verzichtserklärung kann schon abgegeben werden in dem Zeitpunkte, wo die schriftlich abgesetzte Verfügung der Gerichtsschreiberei zur Ausführung übergeben ist. b) Ein vertragsmäßiger Verzicht des Beschwerdeberechtigten ist rechtswirksam und die dem zuwider erhobene Beschwerde unzulässig. Denn Voraussetzung des Einschreitens des Beschwerdegerichts ist ein Antrag, d. h. die Beschwerdeerklärung; diesen Antrag kann der Beschwerdeberechtigte zulässigerweise aber nicht stellen, wenn er vertragsmäßig auf die Beschwerde verzichtet hat. Das Abkommen über den Ausschluß des Rechtsmittels kann rechtswirksam auch schon in dem Zeitpunkte getroffen werden, wo die Verfügung noch nicht beantragt war. Das Beschwerdegericht hat durch Beweisaufnahme zu ermitteln, ob der vom Gegner des Beschwerdeführers behauptete Verzicht vorliegt. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hat aber nur grundbuchrechtliche Bedeutung, weil sie nur über den Eintragungsantrag ergeht. Folglich kann, wenn das Beschwerdegericht das Vorliegen des Verzichts verneint und der Beschwerde stattgibt, und der Beschwerdeführer hieraus Rechte herleitet, der Gegner geltend machen, daß nach dem materiellen, unter den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse die Beschwerde gegenstandslos gewesen sei. c) Die Rücknahme der Beschwerde ist nur das Gegenteil ihrer Einlegung; sie hat folglich nur die Wiederaufhebung der Geltendmachung des Beschwerderechts, nicht aber die Aufhebung des Beschwerderechts selbst (also nicht den Verzicht auf dieses) zur Folge. Die zurückgenommene Beschwerde kann also von neuem eingelegt werden. d) Die beschwerdegerichtliche Entscheidung wird erst durch die Bekanntmachung wirksam, d. h. geeignet, die ihr innewohnenden Wirkungen herbeizuführen. Erst durch die Bekanntmachung tritt die beschwerdegerichtliche Entscheidung also an die Stelle der angefochtenen Verfügung, und erst mit diesem Zeitpunkt erlischt folglich das Recht des Beschwerdeführers zur Rücknahme des Antrags (Beschwerdeverlangens) (JDR. **7** 999 unter 2, **9** 1096 unter 11).

§ 22. ZBlFG. **14** 29 Nr. 22, R. **13** Nr. 748 (Stuttgart). Angebliche Unkenntnis vom Beschwerderechte begründet die Wiedereinsetzung nur, wenn glaubhaft ist, daß die Erkundigung schuldlos untunlich oder erfolglos war (JDR. **11** unter 2).

§ 23. Literatur: Josef, Die Bindung des Beschwerdegerichts an die Anträge des Beschwerdeführers, HoldheimsMSchr. **14** 243.

1. Josef, PosMSchr. **13** 55. Beschwerde, wenn die angefochtene Verfügung zugunsten des Beschwerdeführers ergangen ist, s. zu § 19 unter 10.

2. a) SeuffBl. **13** 381, ZBlFG. **14** 219 (BayObLG.). In der Beschwerdeinstanz können allerdings neue Tatsachen vorgebracht und neue Beweise angeboten werden und auf Grund derselben auch der Antrag, der in erster Instanz gestellt war, erweitert oder geändert werden, dagegen dürfen nicht Anträge gestellt werden, die ein andere Angelegenheit betreffen, als die ist, die Gegenstand der erstinstanzlichen Entscheidung war. Denn Gegenstand der Entscheidung des Beschwerdegerichts kann nur die Frage sein, ob die erstinstanzliche Verfügung begründet ist. **b)** *Josef, PosMSchr. **13** 56. Der Beteiligte kann die höhere Instanz nicht lediglich zu dem Zwecke angehen, um eine Erweiterung oder Abänderung des erstinstanzlichen Antrags zu betreiben. Das muß insbesondere gelten, wenn es sich um Erweiterung des ursprünglichen Antrags, um Zusätze zu dem früheren Antrage handelt, die bei dessen Aufrechterhaltung noch einen weiteren von seinem Inhalte verschiedenen, wenn auch damit zusammenhängenden Gegenstand haben; eine solche Erweiterung kann nur durch einen neuen erstinstanzlichen Antrag betrieben werden.

3. R. **14** Nr. 977 (KG.). Das Beschwerdegericht tritt in jeder Beziehung an die Stelle der erstinstanzlichen Gerichts und hat daher das gesamte Rechts- und Sachverhältnis zu prüfen. Eine Beschwerde, die sich auf den Antrag beschränkt, nur über das vom AG. bezeichnete Hindernis zu entscheiden, ist unzulässig.

4. Dagegen a) du Chesne, ZBlFG. **15** 164 (für Grundbuchsachen). **b)** *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 243. Das Beschwerdegericht kann bei der Sachprüfung allerdings nicht über die Grenzen des vom Beschwerdeführer gestellten Antrags hinausgehen; das Verfahren der FG. ist aber jeder Einwirkung des Beschwerdeführers entzogen. Nach den Verfahrensgrundsätzen hat das Beschwerdegericht über die Begründetheit der angefochtenen Verfügung, nicht aber über die Begründetheit einer in dieser ausgesprochenen Rechtsansicht — losgelöst von der Frage nach der Begründetheit der angefochtenen Verfügung — zu entscheiden. Eine Beschwerde, die eine so eingeschränkte Entscheidung verlangt, enthält eine Beschränkung, die der Beschwerdeerklärung ihre Wirkung nimmt, und ist als unzulässig zu verwerfen.

5. ZBlFG. **14** 807 Nr. 876, R. **14** Nr. 672 (BayObLG.). An Beschwerden rechtsunkundiger Personen in Vormundschaftssachen sind keine strengen formellen Anforderungen bezüglich Antrag und Begründung zu stellen, wenn nur der Zweck aus der Eingabe im Zusammenhalte mit den Akten ersichtlich ist. Kann dieser nur durch Angehung der Aufsichtsbehörde erreicht werden, so ist die Beschwerde durch Beschluß dahin abzugeben.

6. ZBlFG. **14** 660 Nr. 686, R. **14** Nr. 403 (BayObLG.). Das Beschwerdegericht darf sich bei mangelhafter Erhebung des Sachverhalts durch das AG. nicht darauf beschränken, dessen Entscheidung lediglich aufzuheben, ohne über das weitere Verfahren zu verfügen.

7. Umfang der Tätigkeit des Beschwerdegerichts s. zu § 19 unter 12.

8. R. **14** Nr. 942 (BayObLG.). In einem Beschwerdeverfahren wegen ungeeigneter Auswahl eines Vormundes ist dieser über die tatsächlichen Anführungen der Gegner zu hören, wenn die Beschwerde überhaupt für zulässig erachtet wird.

9. KGJ. **44** 72, ZBlFG. **14** 476 Nr. 571. Die seitens des Nachlaßgerichts ausgesprochene Anordnung der Nachlaßverwaltung darf vom Beschwerdegerichte nicht deswegen aufgehoben werden, weil die Voraussetzungen für die Anordnung erst nach dem Erlasse des amtsgerichtlichen Beschlusses eingetreten seien.

§ 24. KGJ. **43** 86. Erhebt der Testamentsvollstrecker gegen die ihm nach § 2202 Abs. 3 bestimmte Erklärungsfrist Beschwerde, so hindert dies nicht den Fristablauf, vorbehaltlich der Aussetzung der Vollziehung.

§ 25. 1. ZBlFG. **14** 806 Nr. 875 (Darmstadt) (vgl. zu § 20 I 4). Die Gründe, die Anlaß zur Bestimmung des § 25 gegeben haben, führen dazu, auch eine Begründung der Entscheidungen des AG. zu verlangen, dies mindestens, wenn sie einen Antrag zurückweisen oder über streitige Rechte entscheiden.

2. Mangel der Gründe (FDR. **11** unter 5, 6). **a)** OLG. **26** 272 Anm. 2 (BayObLG.). Ist die Anhörung der Verwandten im Falle des § 1673 BGB. unterblieben, ohne daß Gründe dafür angegeben sind, so verstößt die Entscheidung gegen § 25. **b)** KGJ. **45** 90 Mangel der Begründung bei Feststellung des Adels. **c)** ZBlFG. **14** 29 Nr. 20, R. **13** Nr. 749 (BayObLG.). Die Begründung muß ersehen lassen, ob und warum die behaupteten wesentlichen Tatsachen unerwiesen oder unerheblich sind. **d)** ZBlFG. **14** 467 Nr. 514, R. **13** Nr. 2626 (BayObLG.). Der § 25 ist verletzt, wenn die Begründung erhebliche Lücken und Widersprüche aufweist, dies besonders, wenn die Entscheidung des AG. nach § 1635 BGB. abgeändert wird.

3. Rückwirkende Kraft der Beschwerdeentscheidung (JDR. **11** unter 7). **RG. 84** 92, JW. **14** 472, LeipzZ. **8** 1116. Ist die vom Vormundschaftsrichter eingeleitete Pflegschaft vom Beschwerdegericht aufgehoben worden, so hat sie zwar nicht rechtsgültig bestanden; aber daraus folgt nicht, daß der Vormundschaftsrichter nicht die Pflichten des Richters gehabt habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob der aufhebenden Entscheidung des Beschwerdegerichts allgemein rückwirkende Kraft zukommt; jedenfalls läßt die Entscheidung aus der Zeit vor ihrem Erlasse die Pflichten des Vormundschaftsrichters und seine aus deren Verletzung sich ergebenden Verbindlichkeiten unberührt.

§ 27. Literatur: Josef, Zur Abgrenzung der „Entscheidung des Beschwerdegerichts" im § 27 FGG., ThürBl. **13** 242. — Derselbe, Das Gerichtsschreiberprotokoll bei der weiteren Beschwerde und ihre Begründung durch Verletzung ausländischen Rechtes, SächsRpflA. **13** 481.

1. Nach § 19 StaatsangehörigkeitsG. vom 22. Juli 1913 findet gegen den die Entlassung des Kindes aus der Staatsangehörigkeit betreffenden Beschluß des Beschwerdegerichts die weitere Beschwerde seitens der Staatsanwaltschaft wie der Beeinträchtigten unbeschränkt statt, also auch wenn die Entscheidung nicht auf Verletzung des Gesetzes beruht. S. oben zu § 20 I 1 und II 1.

2. a) KGJ. **44** 88, R. **13** 175. Die weitere Beschwerde ist zulässig, auch wenn das LG. seine die Beschwerde zurückweisende Entscheidung außer auf sachliche Gründe auch auf Bedenken stützt, die dem Gebiete der Justizverwaltung entnommen sind und daher durch Dienstaufsichtsbeschwerde auszutragen sein würden. **b)** ZBlFG. **14** 659 Nr. 685, R. **14** Nr. 122 (BayObLG.). Hat das Gericht die Beschwerde in erster Linie aus Sachgründen, in zweiter Linie wegen formeller Mängel (Verneinung des Beschwerderechts) abgewiesen, so ist es unschädlich, wenn letzterer Grund nicht zutrifft (§ 563 ZPO.).

3. *Josef, ThürBl. **13** 242. a) Der Beschluß des Beschwerdegerichts, durch den dieses die Sache zwecks anderweiter Entscheidung an das AG. zurückverweist, beendigt das Verfahren des Beschwerdegerichts und begründet ein neues Verfahren erster Instanz. Eine solche Zurückverweisung ist folglich eine „Entscheidung des Beschwerdegerichts" im Sinne des § 27 FGG. und danach gegen sie die weitere Beschwerde zulässig. b) Eine solche Zurückverweisung begründet für das AG. die Pflicht, unter Zugrundelegung der beschwerdegerichtlichen Rechtsansicht eine neue Entscheidung zu erlassen. Da dem AG. sonach eine neue selbständige Verfügung obliegt, so findet zur Beseitigung dieser wiederum die Beschwerde an das LG. statt, nicht aber die weitere Beschwerde gegen die Beschwerdeentscheidung. — Eine bloße Zurückverweisung liegt aber nicht vor, wenn das Beschwerdegericht in der Sache selbst entschieden hat, dem AG. aber die Ausführung der Entscheidung (z. B. der vom Beschwerdegericht angeordneten Entlassung des Vormundes) obliegt; in diesem Falle ist die Beschwerdeentscheidung mit der weiteren Beschwerde anzufechten, nicht die Ausführungsmaßregel des AG.

4. Ausländisches Recht (JDR. **11** unter 4). 1. **a)** *Josef, Sächs. RpflA. **13** 484. Der § 549 ZPO., wonach die Revision auf Verletzung ausländischen Rechtes nicht gestützt werden kann, ist im § 27 nicht als auf die weitere Beschwerde anwendbar aufgeführt, wohl aber der § 550, wonach die Revision auf Verletzung jeder Rechtsnorm gestützt werden kann. Zu den Rechtsnormen gehören aber auch die Vorschriften des ausländischen Rechtes; daher kann die weitere Beschwerde auch auf Verletzung ausländischen Rechtes gestützt werden, obwohl dessen Klärung und Weiterentwicklung an sich den deutschen Gerichten nicht obliegt. Die Vorlegungspflicht aus § 28 Abs. 2 FGG. ist bei der Anwendung des ausländischen Rechtes nicht vorgeschrieben, weil der Gesetzgeber die Einheitlichkeit der Anwendung des ausländischen Rechtes nicht für so erheblich hielt, um jene Pflicht zu begründen.

b) Schlegelberger, Anm. 6. Die weitere Beschwerde kann auch auf Verletzung ausländischen Rechtes gestützt werden. Aus Art. 13 Abs. 1 und Art. 211 EGBGB. verb. mit Art. 2 (§ 185 Abs. 2 FGG.) folgt, daß die Begriffsbestimmung für „Gesetz" auch für das Auslandsrecht gilt.

5. R. **14** Nr. 1286 (BayObLG.). Die Höhe der Pflegervergütung ist durch weitere Beschwerde nicht anfechtbar.

6. *Josef, ZBlFG. **14** 455 (FDR. **11** unter 9). Die Auslegung von Willenserklärungen ist mit der weiteren Beschwerde mindestens insofern anfechtbar, als gesetzliche Auslegungsregeln verletzt sind, und die wichtigste dieser ist der § 133 BGB., wonach bei der Auslegung der wahre Wille — gemäß der besonderen Gestaltung des Falles — zu erforschen ist und nicht der buchstäbliche Ausdruck entscheidet. Bei Anwendung dieser Vorschrift kann das Beschwerdegericht zu einer Auslegung nicht kommen, die dem wahren Willen der Beteiligten offenbar widerspricht.

7. **a)** OLG. **26** 349 (Colmar). Hatte das AG. auf den Antrag eine Zwischenverfügung erlassen und war hiergegen Beschwerde eingelegt, hat es aber, ohne diese dem Beschwerdegerichte vorzulegen, sodann den Antrag endgültig zurückgewiesen, so beruht die dies billigende Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht auf Verletzung des Gesetzes. **b)** ZBlFG. **13** 633 (Dresden). Hat das Beschwerdegericht die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung zurückgewiesen, so ist die weitere Beschwerde zulässig, auch wenn inzwischen das AG. den Antrag endgültig zurückgewiesen hat.

8. Ermittlungen; Berücksichtigung neuer Tatsachen. **a)** ZBlFG. **13** 633 (Dresden). War die Beschwerde von einem Nichtvertretungsberechtigten eingelegt und erhebt der Beeinträchtigte sodann durch seinen Vertreter weitere Beschwerde, so genehmigt er hierdurch das bis dahin in seinem Namen betriebene Verfahren. Dadurch ist der Mangel der Vollmacht für die Beschwerdeinstanz geheilt, was nach § 551 Nr. 5 ZPO. vom OLG. zu berücksichtigen ist. **b)** RJA. **13** 13 (KG.). Überreicht der Beschwerdeführer dem OLG. eine Vollmacht des Inhalts, daß der Bevollmächtigte auch schon gegenüber den Vorinstanzen zur Vertretung berechtigt war, so ist diese neue Tatsache zu berücksichtigen (§§ 561 Satz 2, 554 Nr. 2 b ZPO.). **c)** KGJ. **43** 207. Das OLG. hat eine neue Tatsache zu berücksichtigen, wenn sie eine wesentliche Veränderung der Sachlage zur Folge hat, durch die der Antrag des Beschwerdeführers erledigt wird (FDR. **11** unter 8). **d)** ZBl. FG. **14** 660 Nr. 690, R. **14** Nr. 123 (KG.). Wird nach Einlegung der weiteren Beschwerde gegen die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft und gegen die Auswahl der Person des vorläufigen Vormundes dem OLG. amtlich bekannt, daß die Entmündigung wegen Geisteskrankheit ausgesprochen und ein Vormund bestellt ist, so ist die weitere Beschwerde als gegenstandslos zurückzuweisen.

9. Bindung des OLG. an seine frühere Entscheidung. **a)** KGJ. **45** 85, ZBlFG. **15** 254 Nr. 104 (KG.). Hat das OLG. die Beschwerdeentscheidung aufgehoben und die Sache in eine Vorinstanz zurückverwiesen, so ist es, wenn es im wiederholten Rechtsmittelzuge nochmals mit derselben Sache befaßt wird, bei der Entscheidung an die frühere rechtliche Beurteilung nicht gebunden **b)** Josef, PosMSchr. **13** 28: s. zu § 18 I 3 aE.

10. R. **14** Nr. 822 (BayObLG.). Befolgt das Beschwerdegericht nicht die für es bindende Rechtsauffassung des OLG., so kann dieses auf nochmalige weitere Beschwerde die Sache an das AG. verweisen (FDR. **11** unter 11).

11. *Josef, NaumburgAK. **14** 73. Das Gericht, an das die Sache zurückverwiesen wird, ist an die rechtliche Beurteilung des zurückverweisenden Beschlusses gebunden, nicht aber an belehrende Hinweisungen bezüglich der Punkte, die das OLG. betreffs der weiteren Behandlung und Erwägung hervorgehoben hat.

§ 28. 1. **RG.** ZBlFG. **14** 467 Nr. 516, R. **13** Nr. 3059. Das RG. ist zur Entscheidung nicht berufen, wenn das OLG. durch Heranziehung einer von den Vorinstanzen nicht erörterten Tatsache erst einen Tatbestand schafft, in dessen rechtlicher Beurteilung es von der Entscheidung eines anderen OLG. abweichen will. In solchem Falle hat vielmehr das OLG. den Beschluß der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zur Feststellung jener Tatsache und anderweiten Entscheidung in die Vorinstanz zurückzuverweisen.

2. RJA. **13** 21 (BayObLG.). Keine Vorlegungspflicht, wenn die abweichenden Entscheidungen die Frage nur nebenbei berühren.

3. KGJ. **44** 12, RJA. **13** 118. (Keine Vorlegungspflicht, wenn das OLG. von der in einer Prozeßsache ergangenen Entscheidung abweichen will; sowie R. **14** Nr. 2731 (BayObLG.): wenn das OLG. zwar von einem anderen OLG. abweichen, sich aber dem RG. anschließen will.

4. **RG.** RJA. **13** 124. Zuständigkeit des RG. bei Beschwerden gegen Strafverfügungen, die von Landesbehörden auf Grund der Ausführungsbestimmungen zur Durchführung der GBO. erlassen werden.

5. **RG. 84** 158, JW. **14** 525, ZBlFG. **14** 187, R. **14** Nr. 1157. Die §§ 28, 199 gelten auch für Beschwerden nach §§ 60, 73 BGB., obwohl diese sonst nach der ZPO. zu beurteilen sind (s. zu § 19 unter 4).

§ 29. Literatur: Josef, Das Gerichtsschreiberprotokoll bei der weiteren Beschwerde, SächsRpflA. **13** 481.

I. Zu Abs. 1 (JDR. **11** unter 4). 1. RJA. **13** 64, R. **14** Nr. 2112 (KG.). Die weitere Beschwerde ist formgerecht eingelegt durch Einreichung einer privatschriftlichen Eingabe, zu der der Gerichtsschreiber eine protokollarische Eingangs- und Schlußformel sowie eine allgemeine Rüge der Verletzung des Gesetzes zugefügt hat. Die nicht von dem Gerichtsschreiber herrührenden Teile eines solchen Schriftstücks sind aber nicht zu berücksichtigen.

2. OLG. **28** 330 d α, ZBlFG. **14** 660 Nr. 687, R. **13** Nr. 3178 (Hamburg). Die weitere Beschwerde ist entweder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder durch Einreichung einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Beschwerdeschrift einzulegen. Es genügt aber nicht, wenn der Gerichtsschreiber einem von der Partei eingereichten und unterschriebenen Schriftsatze die Eingangsworte vorsetzt: „Gerichtsschreiberei usw. Es erscheint X. und trägt vor" und am Schlusse hinzufügt: „Unter Bezugnahme auf vorstehende Ausführungen erhebe ich weitere Beschwerde."

3. ZBlFG. **14** 660 Nr. 688 (Hamburg). Unzulässig ist es, wenn in einem Protokolle, statt daß eine Beschwerde wirklich zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben wird, inhaltlich nur auf einen nicht von einem Anwalte gezeichneten Schriftsatz der Partei selbst verwiesen wird. („Zur Begründung der Beschwerde beziehe ich mich auf die hiermit eingereichte Begründung.")

4. Dagegen *Josef, SächsRpflA. **13** 481. a) Während nach den §§ 384, 385 StPO. der Beschwerdeführer zu Protokoll des Gerichtsschreibers Revisionsanträge zu stellen und sie je nach ihrem Gegenstande zu begründen hat, bedarf die weitere Beschwerde in der FG., die nach § 29 Abs. 4 mit § 21 Abs. 2 gleichfalls zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden kann, keiner Anträge noch einer Begründung. Daraus ist als Absicht des Gesetzes zu schließen, daß die Form, in der der Gerichtsschreiber die Protokollierung der ihm etwa mitgeteilten Gründe bewirkt, gleichgültig ist. Es genügt also, daß er ein ihm vom Beschwerdeführer überreichtes Schriftstück, das die Einlegung des Rechtsmittels und die Begründung enthält, mit der bei Protokollen üblichen Eingangs- und Schlußformel versieht oder wegen der Gründe auf ein beigefügtes Schriftstück verweist oder sie durch wörtliches Abschreiben oder auf Diktat, danach ohne eigene Prüfung, bewirkt. Denn wenn trotz gänzlichen

Fehlens der Gründe das Rechtsmittel wirksam eingelegt ist, so kann die Form der etwa vorhandenen Begründung niemals eine Unwirksamkeit des Rechtsmittels zur Folge haben. b) Wenn dagegen der Beteiligte eine von ihm verfaßte Erklärung über die Einlegung der weiteren Beschwerde dem Gerichtsschreiber überreicht und das von diesem aufgenommene Protokoll nur die Einreichung des beigefügten Schriftstücks erwähnt, so ist die weitere Beschwerde nicht „durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers" eingelegt, sondern das Protokoll enthält nur ein Zeugnis darüber, daß der Beteiligte die Anlage überreicht hat; diese Anlage enthält dann nur die privatschriftliche, danach unwirksame Erklärung über Einlegung der weiteren Beschwerde. c) Wenn nach ordnungsmäßiger Einlegung der weiteren Beschwerde noch weitere schriftliche Erklärungen der Beteiligten von diesen für nötig gehalten oder vom Gerichte verlangt werden, so ist für diese Erklärungen die für die Einlegung der weiteren Beschwerde vorgeschriebene Form nicht erforderlich; sie bedürfen also nicht der Unterzeichnung durch einen Rechtsanwalt oder der Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Denn nur die Erklärung des Willens, Beschwerde einzulegen, ist an eine Form geknüpft.

5. ElsLothJZ. **13** 32, ZBlFG. **14** 660 Nr. 689 a (Colmar). Zur Einlegung der weiteren Beschwerde für eine Kirchenfabrik ist der Schaffner selbständig, ohne Zuziehung eines Rechtsanwalts befugt.

6. ZBlFG. **14** 807 Nr. 878, R. **14** Nr. 1339 (BayObLG.). Auch gegen Ordnungsstrafen kann die weitere Beschwerde nicht privatschriftlich eingelegt werden.

7. ZBlFG. **14** 807 Nr. 877, R. **14** Nr. 823 (KG.). Der Unterzeichnung durch einen Rechtsanwalt bedarf die Beschwerdeschrift auch dann nicht, wenn der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins bereits in die notarielle Urkunde selbst aufgenommen ist, der Notar sich aber nicht darauf beschränkt hat, die den Antrag enthaltende Urkunde lediglich dem Gerichte zum Vollzuge zu übersenden, sondern in dem Begleitschreiben selbst als Antragsteller aufgetreten ist (JDR. **11** unter 15, 16).

II. Abs. 2. 1. R. **14** Nr. 404 (BayObLG.). Wird auf Beschwerde die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft aufgehoben, so findet dagegen die sofortige weitere Beschwerde statt.

2. OLG. **28** 331 β, ZBlFG. **15** 30 Nr. 13 (BayObLG.). Der Abs 2 findet Anwendung, ohne Rücksicht darauf, ob die Beschwerdeentscheidung auch wenn sie in erster Instanz erlassen worden wäre, ihrem Inhalte nach mit der sofortigen Beschwerde anzufechten war.

III. Abs. 3. BayObLG. **13** Nr. 1511. Das Untergericht kann seine Entscheidung auch dann nicht abändern, wenn es die Beschwerde als unzulässig verworfen hat.

IV. Abs. 4. 1. Josef (Unabänderlichkeit der Entscheidung des OLG.), Pos. MSchr. **13** 28; s. zu § 18 I 3 aE.

2. R. **14** Nr. 123 (KG.) (Erledigung des Beschwerdeantrags) s. zu § 27 unter 8 d.

3. Weitere Beschwerde gegen antragsmäßig ergangene Beschwerdeentscheidung (oben zu § 19 unter 10). a) HansGZ. **14** 184, ZBlFG. **15** 254 Nr. 103 (Hamburg). Hat das Beschwerdegericht der Beschwerde bereits voll stattgegeben, so kann der Beschwerdeführer hiergegen nicht unter Änderung seines ursprünglichen Antrags weitere Beschwerde erheben. b) ZBlFG. **14** 230 Nr. 295, R. **13** Nr. 1805 (BayObLG.). Hat das Beschwerdegericht zugunsten des Beschwerdeführers entschieden, so kann er nicht hierwegen deshalb weitere Beschwerde führen, weil er nunmehr den Standpunkt des Erstrichters für richtig hält. Das gilt auch für Pflegerbestellung auf eigenen Antrag.

§ 30. 1. Marcus, R. **13** 800. Laienelement in der handelsrichterlichen Rechtspflege.

2. KGJ. **43** 4, RJA. **12** 78, ZBlFG. **14** 29 Nr. 23, R. **13** Nr. 1807 (KG.). Über die sofortige Beschwerde gegen eine Verfügung, durch die über den Antrag des Ver-

treters von Besitzern von Schuldverschreibungen auf Ermächtigung zur Berufung einer Gläubigerversammlung entschieden ist, befindet die Zivilkammer, nicht die Handelskammer.

3. *Rosenberg, Ehrenbergs Handb. d. ges HR. 475. Der Tit. 7 des FGG. trägt die Überschrift „Handelssachen" und gibt dadurch zu erkennen, daß nur die in diesem Abschnitte geregelten Angelegenheiten Handelssachen im Sinne des FGG. sind, nicht aber alle Angelegenheiten, die sich allgemein mit der Regelung und Förderung des Handels beschäftigen. Daher fallen nicht unter § 30 Abs. 1 Satz 2 die See-, Binnenschiffahrts-, Börsen- und Musterschutzregistersachen (gegen KG., JDR. **9** 895).

4. HessRspr. **14** 235, ZBlFG. **14** 478 Nr. 583 (Darmstadt). Zuständigkeit der Handelskammer für Beschwerden über landesrechtliche Kostenansätze in Handelssachen; sowie ZBlFG. **14** 317 Nr. 427, R. **13** Nr. 2479 (KG.): über die zu den Gerichtskosten berechneten Stempelgebühren.

§ 32. 1. Schultheis, ZBlFG. **15** 163. Der § 32 ist nicht anwendbar, wenn ein Geschäftsunfähiger zum Vormunde bestellt ist, der Bestellungsakt also nach § 1780 nichtig ist.

2. *Josef, BayRpflZ. **13** 330. Der Vormund erhält die Befugnis zur Ausschlagung der dem Mündel angefallenen Erbschaft nicht durch die gerichtliche Genehmigung, sondern schon durch die Bestellung als Vormund; die Verfügung, durch die das Rechtsgeschäft genehmigt ist, ist also keine Verfügung im Sinne des § 32, sondern sie verleiht der durch die Bestellung als Vormund begründeten Befugnis zur Vertretung des Mündels nur in einem bestimmten Einzelfalle Wirksamkeit. Über die mittelbare Anwendung des § 32 auf diesen Fall s. zu § 18 I 7 c.

Zweiter Abschnitt. Vormundschaftssachen.

§ 34. 1. KGJ. **44** 18, DJZ. **13** 525, R. **13** 175 (KG.). Der Einsichtsberechtigte kann sich aus den Akten Aufzeichnungen oder Abschriften machen, unter Umständen auch unter Zuziehung einer Hilfsperson eine photographische Aufnahme herstellen [für Testamente, § 2264].

2. ZBlFG. **14** 27 Nr. 10, R. **13** Nr. 1007 (BayObLG.). Die Vorschrift bezieht sich auch auf beigefügte Strafakten.

3. ZBlFG. **14** 25, R. **13** Nr. 1214 (BayObLG.). Besteht Verdacht, daß die Akteneinsicht zu Racheakten gegen die Zeugen mißbraucht wird, so kann dem Interesse des Beschwerdeführers durch Verlesung der wichtigeren Schriftstücke mit Verschweigung der Namen genügt werden.

4. KGJ. **44** 91, OLG. **26** 366. Dienstaufsichtsbeschwerde, wenn der Antrag abgelehnt wird aus Bedenken, die auf der Sorge für die äußere Ordnung bei Gericht, für Erhaltung der Akten u. dgl. abgelehnt wird.

5. OLG. **28** 331 (BayObLG. und KG.). Berechtigtes Interesse nach vernünftiger Erwägung, verständiger Würdigung des Einzelfalls.

6. ZBlFG. **14** 808 Nr. 880, R. **14** Nr. 971 (Düsseldorf), (Preuß. Landesrecht). Gegen eine gerichtliche Entscheidung, die eine Einsichtnahme des Gläubigers in die Urschriften des Notars anordnet, steht sowohl dem Schuldner wie dem Notar die Beschwerde zu, während gegen die Anordnung der Erteilung einer Abschrift oder Ausfertigung an den Gläubiger weder dem Notar noch dem Schuldner die Beschwerde zusteht.

§ 35. HansGZ. **14** Beibl. 204, ZBlFG. **15** 260 Nr. **143 a** (Hamburg). Die hamburgische Behörde für Jugendfürsorge ist kein Vormundschaftsgericht.

§ 36. 1. RK. vom 6. Juli 1914, Vereinbarung mit der Schweiz für Vormundschaftssachen (RGBl. 251) und PrJMVO. vom 30. Juli 1914 (JMBl. 670), Verkehr in Vormundschaftssachen zwischen Deutschland und der Schweiz. Unmittelbarer Verkehr zwischen den beiderseitigen Vormundschaftsbehörden.

2. ZBlFG. **14** 38 Nr. 78, R. **13** Nr. 1375 (KG.). Die vorläufige und die sich daran anschließende endgültige Vormundschaft sind mit Bezug auf die Zuständigkeit des Gerichts nicht als ein einheitliches Verfahren, sondern als zwei getrennte Angelegenheiten anzusehen; daher ist für die Anordnung der endgültigen Vormundschaft dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke der Mündel zu der Zeit, zu der die Entmündigung in Wirksamkeit tritt, seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat.

3. ZBlFG. **14** 806 Nr. 872, R. **14** Nr. 1064 (BayObLG.). Mehrjährige Beschäftigung als ledige volljährige Köchin begründet noch keinen Wohnsitz.

4. **a)** R. **13** Nr. 2373 (BayObLG.). Nimmt die Witwe beim Wegzuge vom Wohnsitz ihres verstorbenen Mannes die Kinder nicht mit, so spricht dies gegen ihre Absicht, als gesetzliche Vertreterin der Kinder einen neuen Wohnsitz zu begründen. **b)** R. **13** Nr 1523 (BayObLG.). Nimmt die Witwe nach des Mannes Tode an verschiedenen Orten dienende Stellungen ein, ohne ihre Kinder bei sich haben zu können, so ist eine Änderung ihres Wohnsitzes nicht zu unterstellen.

5. ZBlFG. **14** 32 Nr. 40, R. **13** Nr. 1086 (BayObLG.). Die Möglichkeit, für die Kinder einen neuen Wohnsitz durch Wegzug zu begründen, erlischt für die Mutter, wenn sie infolge Wiederverheiratung (§ 1697) wegzieht.

6. R. **13** Nr. 1994 (BayObLG.). Dem Mangel eines bestimmten Wohnsitzes steht es gleich, wenn ein solcher überhaupt nicht zu ermitteln ist. Für vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen ist dann das Gericht des Aufenthalts zur Zeit der ersten Befassung des Gerichts zuständig.

7. OLG. **29** 296 (Hamburg). Stiefgeschwister sowie eheliche und uneheliche Kinder derselben Mutter sind als Geschwister anzusehen.

8. BayObLG., JDR. **11** unter 7, jetzt auch OLG. **28** 332.

9. Abs. 1 Satz 2. Unmittelbare Reichsangehörigkeit. Dieser sind nach § 33 Nr. 2 StaatsangehörigkeitsG. vom 22. Juli 1913 nicht bloß Bewohner der Schutzgebiete, sondern auch solche ehemalige Deutsche, die sich nicht im Inlande niederlassen, fähig.

§ 39. (JDR. **11** unter 1.) *Josef, AÖffR. **13** 540. War ein Verschollener bei Beginn der Verschollenheit zweifellos Deutscher, so ist nach § 39 Abs. 2 mit § 36 Abs. 2 FGG. zur Anordnung der Abwesenheitspflegschaft das Gericht des letzten Wohnsitzes zuständig. Ersieht dieses, daß der Verschollene vor mehr als zehn Jahren in das Ausland verzogen ist, so hat es zu berücksichtigen, daß nach § 21 des früheren StaatsangehörigkeitsG. vom 1. Juni 1870 die deutsche Staatsangehörigkeit durch einen solchen Aufenthalt verloren ging, wofern er ununterbrochen war. Ob diese letztere Voraussetzung vorhanden ist, ob also der Aufenthalt nicht durch zeitweilige Rückkehr unterbrochen war, hat das angegangene Gericht des letzten Wohnsitzes zu ermitteln; und da die gewöhnlich als alleinige Ermittlungsquelle in Betracht kommenden behördlichen Bescheinigungen fast niemals ergeben, daß der ausländische Aufenthalt ununterbrochen war, somit der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit nicht feststeht, so ist und bleibt das Gericht des letzten Wohnsitzes zur Anordnung der Abwesenheitspflegschaft zuständig. Nur wenn das angegangene Gericht des letzten Wohnsitzes aus besonderen Umständen zu der Überzeugung kommt, daß der Aufenthalt ein ununterbrochener war, die Staatsangehörigkeit also verloren gegangen ist, hat es festzustellen, ob die zehnjährige Frist durch Eintragung in eine Konsulatsmatrikel unterbrochen war. Und nur, wenn in diesem Falle auch die Eintragung nicht erfolgt ist, ist nach § 39 Abs. 2 mit § 37 Abs. 2 FGG. das Gericht des Fürsorgebedürfnisses (belegenen Nachlasses) zuständig. Das neue StaatsangehörigkeitsG. vom 22. Juli 1913 hat zwar eine dem angezogenen § 21 des früheren Gesetzes gleiche Bestimmung nicht; es bleibt aber der Verlust der Staatsangehörigkeit für alle unter der Geltung des früheren Gesetzes erfolgten Auswanderungsfälle bestehen, wofern noch vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes (1. Januar 1914) die zehnjährige Frist abgelaufen war.

§ 43. R. 14 Nr. 1340 (BayObLG.). Für Maßregeln nach § 1666 hinsichtlich ausländischer Kinder ohne deutschen Wohnsitz oder Aufenthalt sind die deutschen Gerichte nicht zuständig, auch wenn der Antrag von der Mutter ausgeht, die Deutsche geblieben und jetzt wieder in Deutschland wohnhaft ist und nach Artt. 29, 19 EGBGB. deutsches Recht anzuwenden ist.

§ 45. OLG. **26** 282, RJA. **13** 67, R. **14** Nr. 2081 (KG.). Das Vormundschaftsgericht ist nicht zuständig bei Streitigkeiten zwischen dem Vormund einer entmündigten Frau und dem Manne über den Verkehr des Mündels mit dem Vormunde.

§ 46. 1. „Wichtige Gründe". Kasuistik ohne wissenschaftliches und besonderes praktisches Interesse. Vgl. BayObLG., R. **13** Nr. 3060 (uneheliche Kinder).

2. Schlegelberger, Anm. 8. (364): Die Abgabe ist kein Vertrag, sondern ein einseitiger Akt; daher findet gegen sie die Beschwerde statt. Wird die Abgabeverfügung aufgehoben, so steht fest, daß das Abgabegericht zuständig geblieben ist und es hat das Verfahren fortzusetzen. Die Bereiterklärung des Übernahmegerichts ist nicht selbständig anfechtbar, wohl aber die Ablehnung der Abgabe oder der Übernahme (JDR. **11** unter II 2).

3. OLG. **28** 333, ZBlFG. **15** 32 Nr. 22 (Cöln). Gegen die Abgabe fällt nicht ins Gewicht, daß eines der Kinder im Auslande lebt und sich dort bei der Mutter befindet.

4. OLG. **28** 334, R. **14** Nr. 824 (BayObLG.). Auch die Vormundschaft über eines von mehreren Geschwistern kann gesondert aus Zweckmäßigkeitsgründen übernommen werden.

5. ZBlFG. **14** 810 Nr. 898 b, DJZ. **14** 445 (BayObLG.). Das Obergericht kann die Abgabe verfügen, wenn beide Gerichte über sie einig sind, der Vormund aber ihr widerspricht (JDR. **11** unter II 1).

6. KGJ. **43** 30. Rechtszug nach dem Wechsel des Gerichts (s. zu § 19 unter 14).

7. ZBlFG. **14** 811 Nr. 902, R. **14** Nr. 673 (BayObLG.). Widerruf der Übernahmeerklärung nach § 18 zulässig.

§ 47. Sternberg, JW. **13** 574. Aus § 47 folgt nicht, daß nach deutschem Rechte eine über einen Deutschen im Auslande geführte Vormundschaft unbedingt anerkannt werden muß; vielmehr ist aus ihm nur zu entnehmen, daß eine solche Vormundschaft nur dann anzuerkennen ist, wenn die fremde Behörde die Vormundschaft nicht im Widerspruche mit der zuständigen deutschen Behörde führt.

§ 53. *Josef, LeipzZ. **13** 597. Hat das Gericht die Ermächtigung oder die Zustimmung ersetzt in einem Falle, wo dies gesetzlich unzulässig ist, so ist diese Verfügung weder für dieses Gericht noch für andere Behörden wirksam (§ 1 unter 14 a).

§ 55. *Josef, BayRpflZ. **13** 330. Unter § 55 fällt es nicht unmittelbar, wenn das Vormundschaftsgericht genehmigt hat, daß der Vormund die Erbschaft ausschlage oder daß er die Entlassung des Mündels aus der Staatsangehörigkeit beantrage. Denn unter dem „Dritten" im Sinne des § 55 ist der in §§ 1829, 1831 BGB. erwähnte „andere" zu verstehen; der § 55 hat nur die Fälle im Auge, wie sie in §§ 1829, 1831 geregelt sind. Die Voraussetzungen dieser §§ 1829, 1831 aber liegen in den gedachten Fällen nicht vor. Der § 1829 handelt von einem Vertrag und der § 1831 in Satz 2 von einseitigen Rechtsgeschäften, die der Vormund ohne Genehmigung abschließt. In den gedachten Fällen war aber dem Vormunde die gerichtliche Genehmigung erteilt, ein Fall, den der Satz 2 des § 1831 behandelt. Dieser Satz 2 ist hier gleichfalls unanwendbar, da die Ausschlagung, die dem Nachlaßgerichte gegenüber zu erklären ist (§ 1945) keine Erklärung ist, die einem „anderen" gegenüber abzugeben ist. Denn § 1831 bezieht sich nur auf privatempfangsbedürftige, nicht auf amtsempfangsbedürftige Geschäfte: Erklärungen, die einer

Behörde gegenüber abzugeben sind, sind nicht solche, die „einem anderen gegenüber" abzugeben sind. Aber mittelbar findet § 55 dennoch Anwendung, wenn der Vormund die Erbschaft ausgeschlagen oder die Behörde die Entlassung ausgesprochen hat und das Vormundschaftsgericht sodann die Genehmigungsverfügung ändert (s. zu § 18 unter I 7 c). — Vgl. zu § 62.

§ 56. OLG. **29** 298, RJA. **13** 74, R. **14** Nr. 2111 (KG.). Den Verwandten des Mündels steht die Beschwerde gegen einen den Mündel für volljährig erklärenden Beschluß nicht zu.

§ 57. Abs. 1 Ziff. 1. OLG. **29** 298, RJA. **13** 75, R. **14** Nr. 2111 (KG.). Verschieden von der Aufhebung der Vormundschaft durch Verfügung ist deren Beendigung kraft Gesetzes, z. B. durch Volljährigkeitserklärung; daher kein Beschwerderecht der Verwandten gegen diese.

Ziff. 3. 1. KGJ. **44** 57, ZBlFG. **14** 471 Nr. 537, R. **13** 176. Das Patentamt hat kein rechtliches Interesse an der Änderung einer Verfügung, durch die die Einleitung einer Pflegschaft aus § 1910 über einen Patentsucher abgelehnt wird.

2. ZBlFG. **14** 519, R. **13** Nr. 2922 (BayObLG.). Gegen die Ablehnung einer Abwesenheitspflegschaft steht den Verwandten des Verschollenen, die als die nächsten Erben in Betracht kommen, die Beschwerde zu.

3. Beschwerderecht des Gerichtsherrn im Militärstrafverfahren s. zu § 20 II 2.

Ziff. 6. BayRpflZ. **14** 306, R. **14** Nr. 2732 (BayObLG.). Daß die in Ziff. 6 aufgeführten Verfügungen nur auf Antrag oder gar nur auf Antrag des Gegenvormundes (Beistandes) ergehen können, sagt das Gesetz nicht: das Vormundschaftsgericht kann vielmehr gegen den Vormund von Amts wegen einschreiten. Die Ziff. 6 war nötig, da dem Gegenvormunde die Vertretung des Mündels und hiernach aus § 20 ein Beschwerderecht nicht zusteht.

Ziff. 9. 1. *Josef, AÖffR. **13** 550. Dies allgemeine Beschwerderecht setzt eine Verfügung voraus, „die eine Entscheidung über eine die Sorge für die Person des Kindes oder des Mündels betreffende Angelegenheit enthält". Eine solche Angelegenheit liegt vor, wenn das Vormundschaftsgericht beschließt über den Antrag des gesetzlichen Vertreters, zu genehmigen, daß er bei der Verwaltungsbehörde die Entlassung des Mündels aus dem Staatsverbande beantrage. Denn die Entlassung bezweckt dem Kinde den Aufenthalt und die Erziehung im Ausland — unbehindert durch die Erfüllung der deutschen Wehrpflicht — zu ermöglichen und das Vormundschaftsgericht hat zu prüfen, ob dies im Interesse des Kindes liegt. Die Angelegenheit betrifft also die „Sorge für die Person" des Kindes oder Mündels (§§ 1631, 1800). — Der Verwaltungsbehörde steht das Beschwerderecht aus § 57 Ziff. 9 nicht zu (s. auch zu § 20 I 1, II 1).

2. Beschwerderecht. a) RJA. **12** 174, R. **13** Nr. 2478 (KG.). Des Vormundes, auch wenn ihm schon bei seiner Bestellung die Sorge für die religiöse Erziehung entzogen war (s. § 20 II 5). **b)** ZBlFG. **14** 37 Nr. 71, R. **13** Nr. 1008 (BayObLG.). Der Verwandten des Pfleglings gegen die Bestellung eines Pflegers zur Vermögensverwaltung. **c)** ZBlFG. **14** 233 Nr. 312, R. **13** Nr. 1806 (BayObLG.). Der Geschwister des Mündels, wenn es sich um die Aufstellung eines Gegenvormundes oder Pflegers handelt, nicht aber gegen die Ablehnung der Vormundsentlassung bei bloßer Beanstandung der Vermögensverwaltung. **d)** ZBlFG. **14** 36 Nr. 67, R. **13** Nr. 1513 (BayObLG.). Der unehelichen Mutter gegen die Ablehnung der Entlassung des Vormundes. **e)** ZBlFG. **14** 664 Nr. 720, R. **14** Nr. 124 (BayObLG.). Der leiblichen Mutter, deren Antrag auf Übertragung der Vormundschaft zurückgewiesen ist. **f)** ZBlFG. **14** 811 Nr. 900, R. **14** Nr. 674 (BayObLG.). Des Pflegevaters des Mündels bei ungerechtfertigter Entlassung des Mündels aus der Lehre. **g)** ZBlFG. **14** 811

Nr. 901, R. **14** Nr. 1341 (Stuttgart). Des Pfarramts, vor dem die Mündelmutter eine Erklärung betr. religiöser Erziehung abgegeben hat, auch wenn der Mündel nicht in dessen Bezirk sich aufhält. **h)** KGJ. **45** 34, R. **14** 463, ZBlFG. **15** 258 Nr. 130 (KG.). Des städtischen Waisenamts gegen Ablehnung von Maßregeln aus § 1666. **i)** RJA. **13** 73. Des Pflegers wegen Aufhebung der Pflegschaft (s. zu § 20 II 3).

Abs. 2. 1. S. zu § 56 (Volljährigkeitserklärung).

2. OLG. **29** 299 (BayObLG.) (Zwangserziehung).

§ 59. 1. BayRpflZ. **14** 306 (BayObLG.). Beschwerderecht des wegen Geistesschwäche Entmündigten, wenn sein Antrag, den Vormund anzuweisen, nach § 679 ZPO. Klage zu erheben, oder ihn zu entlassen, zurückgewiesen ist.

2. R. **14** Nr. 2733 (BayObLG.). Beschwerderecht des über 14 Jahre alten Mündels, dessen Antrag auf Vormundsentlassung aus persönlichen Gründen abgewiesen ist.

3. *Josef, AÖffR. **13** 551. Dem Minderjährigen steht zwar nicht der Antrag auf Genehmigung der Entlassung aus der Staatsangehörigkeit, wohl aber die Beschwerde gegen die Versagung zu. Das entspricht dem § 1827, wonach der Minderjährige nur das Recht hat, über den Antrag seines gesetzlichen Vertreters gehört zu werden.

§ 60. 1. Ziff. 5. Vgl. zu § 29 Abs. 2 unter 1 (sofortige weitere Beschwerde).

2. RJA. **12** 177, R. **13** Nr. 2481, ZBlFG. **14** 314 Nr. 411 (KG.). Die Frist beginnt für den Übergangenen mit der Kenntnis von seiner Übergehung, auch wenn er das Vormundschaftsgericht nicht kennt.

§ 62. *Josef, SeuffBl. **13** 406. Legt der Vormund gegen die Verweigerung der Genehmigung Beschwerde ein, so wird das Beschwerdegericht je nach der Sachlage Anlaß nehmen, zunächst festzustellen, ob der Vormund dem Käufer Mitteilung von der Verweigerung gemacht hat, so etwa durch Abhörung des Käufers als Zeuge. Hat das Vormundschaftsgericht diese Prüfung unterlassen oder hat es bei der erfolgten Prüfung verneint, daß jene Mitteilung rechtswirksam erfolgt sei, und hat es danach den Kaufvertrag genehmigt, so klagt der Vormund nunmehr auf Erfüllung. Der Beklagte kann hier dennoch vor dem Prozeßgericht einwenden, daß das Beschwerdegericht zu Unrecht die Genehmigung erteilt habe, da in Wahrheit jene Mitteilung erfolgt, der Vertrag danach beseitigt gewesen sei, so daß die genehmigende Entscheidung des Beschwerdegerichts wirkungslos gewesen sei. Die Genehmigung des Beschwerdegerichts betrifft eben ganz wie die des Vormundschaftsgerichts selbst nur die Frage, ob vom Standpunkte der Aufsicht die Genehmigung erteilt werden kann, nicht aber die Frage, ob diese nach dem materiellen zwischen dem Mündel und dem Käufer bestehenden Rechtsverhältnis erteilt werden durfte.

Dritter Abschnitt. Annahme an Kindes Statt.

§ 66. 1. Sternberg, JW. **13** 573. Nimmt ein Deutscher im Ausland ein Kind an und bestätigt die ausländische Behörde den Annahmevertrag, so ist diese Bestätigung für das deutsche Recht nicht ausreichend; vielmehr bestimmt § 66 Abs. 2 das für die Bestätigung zuständige deutsche Gericht.

2. Jacobi, JW. **13** 1170. Ein im Auslande begründetes Wahlkindschaftsverhältnis kann durch ein deutsches Gericht nur bestätigt werden, wenn der Ausländer in Deutschland Wohnsitz oder Aufenthalt hat.

Vierter Abschnitt. Personenstand.

§ 71. RJA. **13** 11 (KG.). Diese Vorschrift findet nicht Anwendung bei Namenserteilung durch den Ehemann der unehelichen Mutter; denn diese ist ohne Rücksicht auf einen Antrag von Amts wegen einzutragen.

Fünfter Abschnitt. Nachlaß- und Teilungssachen.

§ 73. Literatur: Josef, Die Verrichtungen des deutschen Nachlaßgerichts in bezug auf einzelne Bestandteile des Ausländernachlasses, ZIPR. **14** 221.

1. KGJ. **44** 104, ZBlFG. **14** 355, R. **13** Nr. 2432 (KG.). Sind mehrere Gerichte als Nachlaßgerichte zuständig (z. B. das Konsulargericht und das inländische Gericht), so kann die Einziehung des von einem dieser Gerichte erteilten Erbscheins nur von dem Gericht erfolgen, von dem der Erbschein erteilt ist.

2. OLG. **29** 300, 301 (München, Hamburg). Zuständiges Nachlaßgericht für die Ehefrau nach Aufhebung der Ehegemeinschaft (§ 1586) und des Mannes Tode.

3. Werner, BayRpflZ. **14** 122. Erfolgt der Tod im Inlande, hatte der Erblasser aber seinen Wohnsitz im Bezirk eines deutschen Konsuls mit Gerichtsbarkeit, so ist Nachlaßgericht nicht das Gericht des Sterbeorts, sondern der Konsul. Denn der Konsul ist in seinem Amtsbezirke für Nachlaßsachen ebenso zuständig wie innerhalb des Reichs die Amtsgerichte, und er hat gleichfalls deutsches Recht anzuwenden (§§ 7, 19 KonsGG.). Danach ist der Begriff „Inland" im § 73 Abs. 1 ausdehnend dahin auszulegen, daß er den Bezirk des Konsuls mitumfaßt.

4. Dagegen Josef, ZBlFG. **15** 49. Sogar die deutschen Schutzgebiete, die doch deutsches Machtgebiet sind, werden in der angegebenen Richtung als Ausland behandelt (JDR. 7 979); um so mehr muß dies von den Konsularbezirken gelten, die doch ausländisches Machtgebiet sind. Der bloße Umstand, daß der Konsul deutsches Recht anzuwenden hat, kann hiergegen nicht in Betracht kommen.

5. Zwischenstaatliches Privatrecht (JDR. **11** unter 5). **a)** ZBl. FG. **14** 236 Nr. 334 (AG. Stuttgart). Die Zuständigkeitsnorm des § 73 Abs. 1 findet grundsätzlich auch Anwendung, wenn der Erblasser ein Ausländer ist und nach Auslandsrecht beerbt wird; es können dann aber einzelne dem deutschen Nachlaßgerichte zugewiesene Verrichtungen in Wegfall kommen, weil sie sich mit dem anzuwendenden Auslandsrechte nicht vereinigen lassen. So paßt z. B. die Auseinandersetzung nicht für Schweizer Recht. **b)** ZBlFG. **14** 305 (Dresden). Wenn der nordamerikanische Erblasser nur bewegliches Vermögen hinterlassen hat, wird er gemäß Art. 27 EGBGB. ausschließlich nach deutschem Rechte beerbt, und danach ist das Verlangen der Kinder nach Auseinandersetzung vor dem deutschen Nachlaßgericht und hiermit die Einleitung des Verfahrens gerechtfertigt. **c)** *Josef, ZIPR. **14** 221. α) Kommt für die Beerbung eines Ausländers infolge der Rückverweisung (Art. 27 EGBGB.) das deutsche Recht zur Anwendung, so hat das deutsche Nachlaßgericht den Nachlaß insoweit wie den eines Inländers zu behandeln. Wenn also infolge der Rückverweisung das deutsche Recht nur auf die Vererbung einzelner Nachlaßbestandteile Anwendung findet, hat das deutsche Nachlaßgericht insbesondere die Auseinandersetzung so zu vermitteln, als ob der Nachlaß lediglich jene Bestandteile enthielte. Danach hat das deutsche Nachlaßgericht beim Tode eines Franzosen oder Österreichers, zu dessen Nachlaß inländische Grundstücke und Fahrnis gehören, die Auseinandersetzung betreffs dieser Grundstücke einzuleiten, sie aber betreffs der Fahrnis abzulehnen; und beim Tode eines Engländers oder Nordamerikaners, zu dessen Nachlaß Fahrnis oder inländische Grundstücke gehören, betreffs beider Bestandteile die Auseinandersetzung zu vermitteln. Dabei hat das deutsche Nachlaßgericht so zu verfahren, insbesondere den Teilungsplan (§ 93 FGG.) so aufzustellen, als ob es sich um zwei völlig verschiedene Nachlässe handelte; nur hat, wenn zur Erbfolge in den inländischen und in den ausländischen Nachlaß ganz oder teilweise verschiedene Personen gelangen, unter ihnen im Teilungsplan eine Ausgleichung wegen der Nachlaßverbindlichkeiten einzutreten. β) Sind die zum Nachlaß eines Franzosen oder Österreichers gehörigen inländischen Grundstücke versteigert und der Erlös hinterlegt, so ist das deutsche Nachlaßgericht nicht zuständig, die Auseinandersetzung betreffs dieses Erlöses zu vermitteln; denn dieser teilt nicht die rechtliche Natur des

Grundstücks, sondern stellt sich als Fahrnis dar. γ) Kommt infolge der Rückverweisung das deutsche Recht auf den gesamten Nachlaß des Ausländers, auch soweit er ausländische Grundstücke enthält, zur Anwendung, so hat das deutsche Nachlaßgericht einen Vollerbschein zu erteilen; kommt dagegen das deutsche Recht nur betreffs einzelner Nachlaßbestandteile zur Anwendung, so ist ein beschränkter Erbschein (§ 2369) unter Zugrundelegung des deutschen Rechtes zu erteilen. δ) Hatte der ausländische Erblasser, auf dessen Beerbung infolge der Rückverweisung (oder von Staatsverträgen) das deutsche Recht Anwendung findet, im Inlande Wohnsitz oder Aufenthalt, so ergibt sich die örtliche Zuständigkeit des deutschen Nachlaßgerichts aus § 73 Abs. 1, mangels eines Aufenthalts aber aus Abs. 3 ebenda, so daß in diesem letzteren Falle jedes AG., in dessen Bezirk sich Grundstücke des Ausländers befinden, zuständig ist zur Vermittlung der Auseinandersetzung in Ansehung aller im Inlande belegenen Grundstücke. Dagegen ist in diesem Falle das deutsche AG. nicht zuständig zur Vermittlung der Auseinandersetzung betreffs der Fahrnis; denn diese würde nach deutschem Rechte nur vererbt, wenn der ausländische Erblasser seinen Wohnsitz im Inlande gehabt hätte. Eine Ausnahme gilt in dieser Beziehung nach deutsch-russischem Staatsvertrage für Russen, die in Deutschland Fahrnis hinterlassen, wenn auf diese deutsche Staatsangehörige Anspruch erheben.

§ 74. Schlegelberger, Anm. 1. (450): Der Erbe ist auch dann unbekannt, wenn mehrere Personen die Erbschaft angenommen haben und untereinander über das Erbrecht streiten. Daß die Erbschaftsannahme die Unbekanntheit des Erben nicht ausschließt, ergibt die Fassung des § 1960, wo die Fälle, daß die Erbschaft noch nicht angenommen oder die Erben unbekannt sind, nebeneinander gestellt sind. Die Frage des Unbekanntseins kann nur vom Standpunkte des Nachlaßgerichts geprüft werden, da dieses von Amts wegen einzuschreiten hat. Dem Nachlaßgericht ist der Erbe aber unbekannt, solange mehrere über das Erbrecht streiten und das Gericht sich nicht von dem Rechte eines der Ansprecher überzeugen kann.

§ 76. Vgl. zu § 12 III 2 (Amtsbetrieb) und zu § 23 unter 9 (nachträglicher Eintritt der Voraussetzungen).

§ 80. *Josef, ElsLothJZ. **13** 541. § 80 befristet die Beschwerde nur gegen die „dem Beschwerten oder einem Dritten" eine Frist setzende Verfügung, während § 2155 BGB., den der § 80 ausdrücklich mit in Bezug nimmt, die gerichtliche Fristsetzung auch gegenüber dem Bedachten, dem die Auswahl des nur der Gattung nach bezeichneten Vermächtnisgegenstandes vom Erblasser überlassen ist, gestattet. Auf diesen Bedachten findet danach die Fristbestimmung des § 80 keine Anwendung. Denn auf die Wahl des Bedachten sind nur ganz bestimmte, im § 2154 enthaltene Vorschriften durch § 2155 für anwendbar erklärt; die hervorgehobenen Worte der Ausnahmevorschrift des § 80 können keinesfalls als Ausdruck eines auch den Bedachten umfassenden Gesetzeswillens gelten und stehen deshalb der Ausdehnung der Beschwerdebefristung auf diesen entgegen.

§ 82. RJA. **13** 96, R. **14** Nr. 2099 (KG.). Bei Meinungsverschiedenheit mehrerer Vollstrecker kann auch der Erbe die Entscheidung des Nachlaßgerichts anrufen; eine solche Entscheidungspflicht erledigt sich aber durch den nach Stellung des Antrags erfolgten Tod eines der Vollstrecker.

§ 83. 1. KGJ. **45** 133, RJA. **13** 87 (KG.). Die Zwangsmaßregeln bleiben selbstverständlich auf das Inland beschränkt.

2. *Josef, PosMSchr. **14** 83. Hegt das Gericht den Verdacht, daß jemand im Besitz eines Testaments sei, und bestreitet der Besitzer, daß die geständlich in seinem Besitze befindliche Urkunde ein rechtsgültiges Testament sei, so kann das Gericht die Herausgabe nicht schlechthin deshalb erzwingen, weil es selbst prüfen will, ob jene Urkunde ein rechtsgültiges Testament sei, sondern nur dann, wenn es auf Grund seiner Ermittlungen gerechtfertigten Anlaß zu der Annahme hat, daß jene

Urkunde ein rechtswirksames Testament darstelle. Ebenso kann das Gericht gegen den angeblichen Besitzer, wenn dieser überhaupt bestreitet, im Besitz eines Testaments zu sein, mit Zwangsmaßnahmen nur vorgehen, wenn es gerechtfertigten Anlaß zu der Annahme hat, daß er das Testament wirklich besitze.

§ 84. 1. KGJ. **44** 104 (Zuständigkeit mehrerer Gerichte); s. zu § 73 unter 1.

2. R. **13** Nr. 1478 (BayObLG.). Ist die angeordnete Einziehung des Erbscheins bereits vollzogen, so kann sich die Beschwerde nicht mehr hiergegen richten, sondern nur gegen den Inhalt des zu erteilenden neuen Erbscheins.

3. ZBlFG. **14** 237 Nr. 341, R. **13** Nr. 2119 (BayObLG.). Ein einmal eingezogener Erbschein kann nicht von neuem erteilt werden, sondern nur ein neuer Erbschein gleichen Inhalts (JDR. **11** zu § 84).

4. Schlegelberger, Anm. 9 Abs. 2. (498): Ist der Erbschein dem Gläubiger inhaltlich richtig erteilt und macht der Erbe mit der Beschwerde geltend, die Erteilung sei unzulässig gewesen, so ist gegen Josef (DNotV. **6** 427) mit Unger (BuschsZ. **36** 93 Anm. 213) gleichfalls ganz wie im Falle des unrichtigen Erbscheins die Einziehung oder Kraftloserklärung geboten. Denn ohne die förmliche Einziehung könnten, wenn der Erbschein lediglich zurückgegeben wird, auch nach der Rückgabe noch Ausfertigungen erteilt werden. Ein Nichtberechtigter darf aber in das Antragsrecht der Erben nicht mit den weittragenden Folgen eingreifen, daß das ohne ihren Willen erteilte Zeugnis im Rechtsverkehre bleibt.

5. Schlegelberger, Anm. 16. (502): Negativzeugnis betr. fortgesetzter Gütergemeinschaft, wie OLG. **27** 204 (KG.) (JDR. **12** zu § 1507).

§ 86. Literatur: Josef, Erwerber, Vertragspfandgläubiger, Pfändungsgläubiger, Nießbraucher eines Erbteils als Antragsteller bei der Auseinandersetzung, Bad. NotV. **13** 136. — Derselbe, Antrags- und Beschwerderecht sowie Aussetzung des Verfahrens bei Streitigkeiten über die Überweisung der Auseinandersetzung an einen Notar, NaumburgAK. **14** 72. — Derselbe, Die Verrichtungen des deutschen Nachlaßgerichts bei Ausländernachlässen, ZIPR. **14** 221. — Derselbe, Subjektiv beschränkte Nachlaßteilung, ElsLothNotZ. **14** 92. — Derselbe, Das Nießbrauchsvermächtnis bei der Auseinandersetzung, ElsLothJZ. **14** 164. — Gerner, Über die Stellung des Pfändungsgläubigers eines Erbteils bei den notariellen und nachlaßgerichtlichen Nachlaßverhandlungen, BadNotV. **13** 46.

I. Allgemeines. Art der Auseinandersetzung. 1. Zuständigkeit bei ausländischen Erblassern s. zu § 73 unter 5.

2. R. **13** 249 (BayObLG.). Dem Begriffe der gütlichen Teilungsvermittlung widerspricht eine Mitteilung des Nachlaßgerichts, daß ein hinterlegter Betrag mangels Widerspruchs an andere Beteiligte ausgezahlt werden werde. Das Nachlaßgericht hat keine gesetzliche Befugnis, außerhalb der förmlichen Auseinandersetzung jemand zu einem solchen Widerspruche zu nötigen.

3. KGJ. **43** 84. Vermittlung der Auseinandersetzung in Ansehung eines ein Anerbengut umfassenden Nachlasses (Preuß. R.).

4. WürttZ. **12** 107, ZBlFG. **14** 44 Nr. 119 (Stuttgart). Haben die Beteiligten einen Vertrag über die Auseinandersetzung geschlossen, so findet, auch wenn er noch nicht ausgeführt ist, die gerichtliche Auseinandersetzung nicht statt.

5. *Josef, ElsLothNotZ. **14** 92 (JDR. **9** II). a) Wenn ein Nachlaßgrundstück mehreren der Miterben (insbesondere den Kindern eines vorverstorbenen Erben) als ihr Erbteil zugewiesen wird, so setzen diese Übernehmer nicht die bestehende Erbengemeinschaft unter Ausscheiden der übrigen Miterben fort. Denn die Erbengemeinschaft entsteht durch den Tod des Erblassers am ganzen Nachlaß und zwischen sämtlichen Erben; eine Gemeinschaft einzelner Erben an einer Nachlaßsache ist folglich nicht mehr Erbengemeinschaft in der Art, wie sie durch die Tatsache des Erbanfalls herbeigeführt war und gesetzlich geregelt ist. Da die gesamt-

händerische Erbengemeinschaft durch Vertrag nicht eingeführt werden kann, so ist folglich nichtig ein Abkommen, durch das einzelnen Erben zusammen ein Grundstück nach den Grundsätzen der Erbengemeinschaft zugewiesen wird. Die Miterben sind nach § 139 BGB. verpflichtet, eine neue Überweisung und Auflassung zu erklären, durch die den Übernehmern das Grundstück zu einfachem Miteigentum überwiesen wird. b) Sind bei einer Erblinie wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben die Erbteile noch unbestimmt und werden dieser Erblinie bei der auf Antrag der anderen Miterben erfolgenden Auseinandersetzung Nachlaßgegenstände zur Erbabfindung zugewiesen, so besteht an ihnen unter den Teilnehmern dieser Erblinie die Erbengemeinschaft zur gesamten Hand fort, weil das Gesetz (§ 2043) in Fällen dieser Art die Auseinandersetzung ausschließt.

6. OLG. **28** 335, KGJ. **44** 120, RJA. **13** 14, ZBlFG. **14** 44 Nr. 117, R. **14** Nr. 1158 (KG.). Das Vermächtnis des Nießbrauchs an der Erbschaft steht der gerichtlichen Vermittlung der Auseinandersetzung nicht entgegen.

7. Dagegen *Josef, ElsLothJZ. **14** 164. Das Vermächtnis des Nießbrauchs begründet für den Bedachten lediglich den schuldrechtlichen Anspruch auf Bestellung des Nießbrauchs gegen die Erben, die durch das Bestehen jenes Anspruchs an der Auseinandersetzung nicht gehindert werden. Das Nachlaßgericht kann folglich die Beurkundung der Auseinandersetzung nicht deshalb ablehnen, weil dem Vermächtnisnehmer ein Anspruch auf Bestellung des Nießbrauchs zusteht. Aber auch wenn der Nießbrauch bestellt (er also bei Nachlaßgrundstücken und Buchhypotheken eingetragen, dem Bedachten die Fahrnis übergeben ist; §§ 873, 932, 1069), ist die Zuziehung des Nießbrauchers nicht rechtliches Erfordernis der Auseinandersetzung unter den Erben. Denn da die mit dem Nießbrauche belegten Grundstücke sowie Rechte an solchen und Forderungen mit dieser Belastung auf den Erwerber übergehen, eine Rechtsänderung an der Nachlaßfahrnis, da sie sich im Besitze des Nießbrauchers befindet, überhaupt kaum ausführbar ist, der Nießbraucher auch sein Recht an den Nachlaßforderungen gegen die Zessionare der Erben und gegen die vom Bestehen des Nießbrauchs unterrichteten Nachlaßschuldner geltend machen kann (§§ 1070, 407), so wird sein Nießbrauch durch die unter den Erben erfolgende Auseinandersetzung weder aufgehoben noch geändert (§ 1071). Er gehört also nicht zu den Beteiligten im Sinne des § 86, und ein Widerspruch gegen die Auseinandersetzung steht ihm nicht zu.

II. Antragsberechtigte; Beteiligte. 1. KGJ. **45** 159, ZBlFG. **15** 263 Nr. 162 (KG.). a) Überweist das Nachlaßgericht die Vermittelung der Auseinandersetzung einem Notar und wird gegen diese Anordnung von einem Dritten, der ein Erbrecht behauptet, vom Antragsteller aber nur als Vermächtnisnehmer und pflichtteilsberechtigter Gläubiger angesehen wird, sofortige Beschwerde eingelegt, so darf das Beschwerdegericht über die für die Beschwerdeberechtigung maßgebende materielle Frage des Erbrechts des Dritten nicht selbständig entscheiden; es hat vielmehr in entsprechender Anwendung des § 95 das Beschwerdeverfahren bis zur Erledigung dieses Streites auszusetzen. b) Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte sind nicht Beteiligte im Sinne des § 86 u. Art. 21 PrFGG., daher auch nicht beschwerdeberechtigt aus Art. 21 Abs. 3.

2. Dagegen (zu a) *Josef, NaumburgAK. **14** 172. a) Die Zuziehung von Vermächtnisnehmern und Pflichtteilsberechtigten zur Auseinandersetzung kann sich für das Nachlaßgericht empfehlen, um die Verständigung der Erben über die Auseinandersetzung zu erleichtern; auch haben jene ein wirtschaftliches Interesse an ihrer Zuziehung. Dies macht sie aber nicht zu Beteiligten im Sinne des § 86 und des Art. 21 PrFGG., gibt ihnen also kein Recht auf Zuziehung und kein Beschwerderecht gegen die in diesem Verfahren ergehenden Verfügungen. Beteiligte sind danach nur die, deren Zustimmung nach dem materiellen Rechte zur Aufhebung

der Gemeinschaft erforderlich ist. b) Der Antrag auf Überweisung der Vermittlung an einen Notar (Art. 21 PrFGG.) ist lediglich ein Anhängsel des Antrags auf Auseinandersetzung (§ 86) und unterliegt sonach denselben Vorschriften wie dieser. Folglich kann, wenn das Nachlaßgericht dem Antrag auf Überweisung stattgegeben hat und gegen diese Anordnung sofortige Beschwerde eingelegt wird von einem Dritten, dessen Erbberechtigung der Antragsteller bestreitet, das Beschwerdegericht ganz nach seinem Ermessen über die bestrittene Erbberechtigung entweder selbst entscheiden oder dem Beschwerdeführer die Beibringung eines sein Erbrecht feststellenden Urteils aufgeben. Eine entsprechende Anwendung des § 95 FGG., der eine Verpflichtung des Beschwerdegerichts zur Aussetzung zur Folge hätte, ist auf den vorliegenedn Fall wegen mangelnder Gleichheit des Grundes unzulässig.

3. Gerner, BadNotV. **13** 45. Durch die Auseinandersetzung wird der Anteil des Miterben am Nachlasse bloß von der Gebundenheit an die Gesamthand frei und setzt sich in selbständig verwertbare einzelne Ansprüche und Gegenstände um. Dessenungeachtet aber kann noch immer von einem Inbegriffe der Rechte des Miterben am Nachlasse gesprochen werden. Sonach bewirkt die Auseinandersetzung nicht eine dem schuldnerischen Erben durch § 1276 Abs. 1 verbotene Aufhebung des gepfändeten Rechtes, sondern nur eine Änderung, die nach Abs. 2 ebenda zulässig ist. Nur wenn der Erbteil dem Pfändungsgläubiger zugleich überwiesen ist, ist die ohne seine Zuziehung erfolgte Auseinandersetzung ihm gegenüber unwirksam (vgl. hiergegen Josef, unten 4). Dagegen hat die erfolgte Pfändung und Überweisung eines Erbteils auf dessen Übertragbarkeit keinen Einfluß, vielmehr geht durch die Übertragbarkeit der Erbteil mit dem Pfandrechte belastet auf den Erwerber über; das gepfändete Recht bleibt für den Pfandgläubiger ungeschmälert bestehen. Die Übertragung des Erbteils ist also keine Aufhebung des gepfändeten Rechtes, danach gemäß Abs. 2 ebenda zulässig. — Wird der Notar nur um die Beurkundung der von den Erben vereinbarten Teilung angegangen, so soll er den Pfandgläubiger vom Termine zur Beurkundung benachrichtigen; dieser aber hat ein Recht auf Mitwirkung im Termine nur, wenn ihm der Erbteil des Schuldners überwiesen ist (vgl. hierzu Josef, unten 4).

4. *Josef, BadNotV. **13** 136. a) Der Wortlaut des § 86 Abs. 2 scheint das Recht auf Herbeiführung der vermittelnden Tätigkeit des Nachlaßgerichts dem Pfandgläubiger und dem Nießbraucher an einem Erbteil schlechthin zuzusprechen, so daß diese das formale Recht der Antragstellung in allen Fällen hätten, während das materielle Recht die Teilung zu verlangen nach Abs. 2 der §§ 1066, 1258 dem Nießbraucher schlechthin und dem Pfandgläubiger wenigstens vor Fälligkeit seiner Forderung nur gemeinschaftlich mit dem Miterben zusteht. Allein innere Gründe sprechen nicht dafür, daß das Gericht verpflichtet sein soll, auf den bloßen Antrag des Nießbrauchers und des Pfandgläubigers in ein Verfahren einzutreten, das mangels der Zustimmung des Miterben sofort hinfällig wird. Zudem weist die Denkschrift zu § 86 ausdrücklich auf die §§ 1066, 1258 hin; der Auseinandersetzungsantrag kann daher nur vom Nießbraucher sowie vom Pfandgläubiger (von diesem vor der Fälligkeit der Forderung) gemeinschaftlich mit dem Miterben gestellt werden, und der § 86 besagt nur, daß in solchem Falle jene Berechtigten gleichfalls als wahre Antragsteller und nicht bloß als dem Antrage des Miterben zustimmend anzusehen sind. b) Das Pfändungspfandrecht verleiht dem Gläubiger dieselben Befugnisse, die dem Vertragspfandgläubiger zustehen. Ist also die Pfändung des Erbanteils erfolgt auf Grund einer auch nur vorläufig vollstreckbaren Entscheidung, so hat der Pfändungsgläubiger die Rechtsstellung eines Vertragspfandgläubigers, für den die Verkaufsberechtigung eingetreten ist (§ 1258 Abs. 2 Satz 2). Ist die Pfändung dagegen auf Grund eines Arrestbefehls erfolgt, so kann der Gläubiger nach Satz 1 ebenda die Auseinandersetzung nur ge-

meinschaftlich mit dem Miterben (seinem Schuldner) beantragen. c) Die Auseinandersetzung hat stets eine Aufhebung des gepfändeten Miterbenrechts zur Folge; denn der Gegenstand, der gepfändet ist, nämlich das gesamthänderische Miteigentum, wird durch die Auseinandersetzung beendigt. Sonach ist eine von den Miterben ohne Zuziehung des Pfändungsgläubigers erfolgte Auseinandersetzung für diesen nach § 1276 Abs. 1 unwirksam. Dagegen kann der schuldnerische Erbe den gepfändeten Erbteil rechtswirksam übertragen, da hierdurch das Pfandrecht nicht beeinträchtigt wird (Abs. 2 ebenda). d) Die bei der Auseinandersetzung dem schuldnerischen Erben an Stelle des gepfändeten Gesamthandsanteils zufallenden Gegenstände werden sein Alleineigentum; aber der Pfändungsgläubiger erwirbt an ihnen nicht kraft Gesetzes ein Pfandrecht, sondern er hat nach § 1258 Abs. 3 gegen den Schuldner nur einen Anspruch auf Bestellung des Pfandrechts an diesen Gegenständen und wird daher der Auseinandersetzung nur zustimmen, wenn der schuldnerische Erbe zugleich die Verpfändung erklärt (vgl. unten 6). e) Sowohl wenn der Notar nur um einfache Beurkundung der von den Erben vereinbarten Teilung angegangen wird, als auch im förmlichen Auseinandersetzungsverfahren hat der Notar kraft seiner Pflicht zur gesicherten Regelung der Parteiverhältnisse die Beteiligten zu belehren, daß eine ohne Zustimmung des Pfandgläubigers ausgeführte Auseinandersetzung diesem gegenüber unwirksam ist. Wird dennoch die Beurkundung verlangt, so ist sie zu bewirken, da sie weder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, noch offenbar ungültig ist, sondern unter die §§ 136, 137 BGB. fällt. f) Die testamentarische Zuwendung des Nießbrauchs am Nachlaß oder an einzelnen Erbteilen gibt dem Bedachten lediglich den schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erben auf Bestellung des Nießbrauchs (§ 2174) in Gemäßheit des § 1085 oder des § 2033 Abs. 1. Erst wenn diese erfolgt ist, kommt das Antragsrecht des Bedachten aus § 86 in Betracht.

5. **RG. 83** 27, **JW. 13** 1039. Ist den Miterben die Verpfändung eines Erbanteils bekannt, so dürfen sie ohne Zustimmung des Pfandgläubigers die Auseinandersetzung nicht vornehmen.

6. **a) RG. 84** 395, **JW. 14** 765. Beim Bestehen eines Pfandrechts an einem Erbanteil erwirbt der Pfandgläubiger im Falle der Aufhebung der Erbengemeinschaft an den Gegenständen, die an Stelle des Anteils treten, nicht kraft Gesetzes ein Pfandrecht, sondern nur einen Anspruch auf Bestellung. **b)** KGJ. **43** 268. Der Pfandgläubiger erwirbt nach Aufhebung der Gemeinschaft das Pfandrecht an dem an die Stelle des Miterbrechts tretenden Gegenstande nicht kraft Gesetzes, sondern erst durch Zuweisung (oben 4 d).

7. **a)** *Josef, BadRpr. **14** 40. Eintragbarkeit der Pfändung des Erbanteils im Grundbuche. **b)** Zustellung des Pfändungsbeschlusses (JDR. **11** I 4). *Josef, MecklZ. **13** 242. Der Testamentsvollstrecker ist nicht Bevollmächtigter, auch nicht Vertreter der Erben, er hat auch nicht eine dem ähnliche Stellung, sondern er ist Träger eines Amtes und handelt kraft eigenen Rechtes, also als Repräsentant des Nachlasses im eigenen Namen. Da dem Vollstrecker die Verfügung über den Nachlaß gebührt, er auch die Auseinandersetzung zu bewirken und den für den schuldnerischen Erben sich ergebenden Erbteil diesem auszuantworten hat, dem schuldnerischen Erben also gegen die Miterben weder ein Anspruch auf Auseinandersetzung noch auf Leistung zusteht, so ist der Testamentsvollstrecker der Drittschuldner in Sachen der §§ 829, 857 ZPO. und ihm demnach der Beschluß zuzustellen, durch den der Miterbenanteil gepfändet wird. ➛ So jetzt auch **RG. JW. 15** 593. Red. ⟵ Hat aber der Erblasser dem Testamentsvollstrecker das Recht zur Bewirkung der Auseinandersetzung entzogen oder ihm lediglich die Verwaltung des Nachlasses zugewiesen (§§ 2208, 2209), so hat jeder Erbe gegen den anderen nach § 2042 den Anspruch auf Auseinandersetzung und gegen den Vollstrecker den

Anspruch auf Ausantwortung des so ermittelten Erbteils sowie auf Erfüllung der im § 2218 bezeichneten Ansprüche; danach sind in diesen Fällen Drittschuldner sowohl die Miterben als auch der Vollstrecker und der Pfändungsbeschluß sowohl jenen als auch diesem zuzustellen. **c)** *Josef, ElsLothNotV. **14** 99. Ist der Anteil eines Miterben gepfändet, so erleidet seine Befugnis, sich über den Nachlaß auseinanderzusetzen und über seinen Anteil zu verfügen, eine Einschränkung zwar nur zugunsten des Pfändungsgläubigers (§§ 135, 136 BGB.). Das Grundbuchamt hat aber (vermöge seiner Pflicht, zu prüfen, ob die Eintragung von dem bewilligt ist, dessen Recht von ihr betroffen wird, § 19 GBO.) dennoch die vom schuldnerischen Erben erklärte Eintragungsbewilligung als unwirksam zu behandeln. Denn durch den Pfändungsbeschluß ist dem Gläubiger ein Pfandrecht an dem Erbanteile des Schuldners entstanden, das ohne Zustimmung des Gläubigers nicht aufgehoben oder geändert werden kann (§ 1276 BGB.). Der Schuldner kann daher insbesondere nicht sein gesamthänderisches Miteigentum an dem Grundstück auf einen Dritten übertragen.

§ 87. OLG. **26** 286, ZBlFG. **14** 44 Nr. 118 (KG.). Das Fehlen der Erbeneigenschaft und der Mangel der Auseinandersetzungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bilden Hindernisse der gerichtlichen Auseinandersetzung, die durch Vermittlung nicht beseitigt werden können; daher Zwischenverfügung aus Abs. 2 unzulässig.

§ 89. 1. *Josef, JW. **14** 1032. Das Nachlaßgericht kann ein AG. um Abhaltung des Verhandlungstermins im Wege der Rechtshilfe ersuchen (oben § 2 I).

2. *Josef, ZJPR. **14** 227. Ladung der im Auslande befindlichen Beteiligten ist zulässig.

§§ 91, 93. 1. a) HessRspr. **14** 202 (Darmstadt). Die Notwendigkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung als materiellrechtliches Erfordernis einer gültigen Vereinbarung wird durch das im § 91 Abs. 3 zugelassene Versäumnisverfahren nicht berührt, da nach dieser Vorschrift nur die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters angenommen werden kann, deren rechtliche Wirkung aber nach den allgemeinen Vorschriften zu beurteilen ist. Ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht eingeholt worden, so ist die Vereinbarung unwirksam und die Bestätigung muß versagt werden. Ist sie trotzdem erteilt worden, so wird dadurch der materiellrechtliche Mangel nicht geheilt. **b)** OLG. **28** 334 (KG.). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Auseinandersetzungsvertrags hinsichtlich der durch Abwesenheitspfleger vertretenen Miterben oder sogar die Mitteilung des Pflegers an die übrigen Erben von dieser Genehmigung muß nicht bereits stattgefunden haben, bevor das Nachlaßgericht die Bekanntmachung nach §§ 91 Abs. 3, 93 Abs. 2 an die ausgebliebenen Beteiligten erließ oder doch bevor die diesen bestimmte Frist zu laufen begann.

2. HessRspr. **14** 202 (Darmstadt). Die Beurkundung der von den Erschienenen gemachten Vorschläge erfolgt nach §§ 167, 176; andernfalls liegt eine Urkunde, zu deren Inhalt die Ausgebliebenen ihr Einverständnis im Versäumnisverfahren erklären könnten, gar nicht vor; dieser Mangel (unterlassene Protokollierung der Vorschläge) macht aber die vorgängige Vereinbarung rechtsunwirksam, und die trotzdem erteilte Bestätigung ist gegenstandslos.

§ 95. Literatur: Ermel, Zur Auslegung des § 95 FGG., DJZ. **13** 971. — Josef, Rechtskräftige Urteile und Rechtswidrigkeiten der Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BayRpflZ. **14** 294.

1. Vgl. zu § 86 II 1, 2.

2. a) Ermel, DJZ. **13** 971. Ist schon vor dem Auseinandersetzungsverfahren ein rechtskräftiges Urteil zwischen den Beteiligten ergangen und verbleibt dennoch der Unterlegene bei den Verhandlungen bei seinem Widerspruche, so hat das Nach-

laßgericht über diesen hinwegzugehen. Denn die Rechtskraft äußert auch für das Auseinandersetzungsverfahren ihre Wirkung. b) Josef, BayRpflZ. **14** 294, s. oben zu § 12 VI 4.

§§ 96, 98. *Josef, ElsLothJZ. **13** 541. Aus der bestätigten Auseinandersetzung findet nach § 98 die Zwangsvollstreckung statt; Gläubiger aus diesem Schuldtitel sind nur die Vertragschließenden, also die Beteiligten im Sinne des § 86, nicht aber Dritte, wie die Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer; die Ansprüche dieser werden bei der Auseinandersetzung lediglich zwecks Regelung des Rechtsverhältnisses der Miterben berücksichtigt, nicht um Rechte für diese Dritten zu begründen. Die Vermächtnisnehmer können danach aus der Auseinandersetzung nicht die Zwangsvollstreckung betreiben, und es steht ihnen gegen die die Bestätigung ablehnende Verfügung nicht die Beschwerde zu.

Sechster Abschnitt. Schiffspfandrecht.

§ 100. 1. Struckberg, DNotV. **13** 498. Bemerkungen zu OLG. **25** 371 (JDR. **11** unter 2).

2. a) Struckberg, DJZ. **13** 161. Das Registergericht (Grundbuchamt) muß, wenn es ersieht, daß der in der Eintragungsbewilligung bezeichnete Gläubiger verstorben ist, die Eintragung ablehnen. Andernfalls ist ein Schiffspfandrecht (Hypothek) für den Gläubiger nicht entstanden, weil ein Toter nicht mehr rechtsfähig ist, folglich auch nicht mehr als Gläubiger in das Schiffsregister (Grundbuch) eingetragen werden kann. Dieses ist danach unrichtig geworden, und wenn der Richter bei der Eintragung von dem damals bereits erfolgten Tode des Gläubigers Kenntnis hatte, so ist nach § 54 Satz 1 GBO. (§ 119 FGG.) ein Widerspruch zugunsten des Eigentümers einzutragen. b) Dagegen *Josef, WürttZ. **14** 235, R. **14** 168. Ist dem Schiffsregistergerichte (Grundbuchamte) bekannt, daß der in der Eintragungsbewilligung bezeichnete Gläubiger bereits bei deren Erteilung oder später gestorben ist, so kann es die Eintragung nicht ablehnen. Denn die Einigung hat stattgefunden zwischen dem Eigentümer und demjenigen Gläubiger, für den das Recht eingetragen werden soll; dieses entsteht also durchaus rechtswirksam, und es haftet ihm nur eine unzutreffende Bezeichnung des Gläubigers an insofern, als der Anspruch aus dem Darlehnsvertrag, also auf Eintragung des Rechtes, auf die Erben übergegangen war und diese danach als Gläubiger hätten eingetragen werden sollen. Derartige Fehler, die für den Inhalt des einzutragenden Rechtes und für den Rechtserwerb bedeutungslos sind, können formlos berichtigt werden.

3. Josef, AZivPr. **111** 322 (Anwendbarkeit des § 18 GBO.), s. zu § 110.

§ 104. *Josef, ElsLothJZ. **13** 550. Das Gesetz trifft Bestimmungen für den Fall, daß eine „Belastung" der Forderung, für die ein Schiffspfandrecht besteht, eingetragen werden soll; als Belastung aber kommt das Pfandrecht und der Nießbrauch in Betracht.

§ 107. *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 238. a) Während bei Eintragungen im Handelsregister die Rechtsnachfolge nur soweit tunlich durch öffentliche Urkunden jeder Art nachzuweisen ist (§ 12 Abs. 2 HGB.) und während bei Eintragung des Eigentums an Schiffen die die Erbfolge ergebenden Tatsachen nur glaubhaft zu machen sind (§§ 124 Ziff. 4, 126 BinnenSchG. vom 20. Mai 1898, §§ 7, 8, 13, 14 FlaggenG. vom 22. Juni 1899), ist beim Schiffspfandrechte durch § 107 Abs. 2 Satz 2 FGG. für den Nachweis der Erbfolge die entsprechende Anwendung des § 36 GBO. vorgeschrieben, der übrigens auch bei Eintragungen im Handelsregister sowie des Eigentums an Schiffen vom Registergerichte tatsächlich zur Anwendung gebracht werden wird. Danach kann also der Nachweis der Erbfolge, wenn sie auf Gesetz oder eigenhändigem Testamente beruht, dem Registergerichte nur durch einen Erbschein geführt werden; das gleiche gilt beim Vorhandensein eines öffentlichen

Testaments, wenn durch dieses das Registergericht die Erbfolge nicht für nachgewiesen erachtet. Das Gesetz bestimmt aber nicht, daß der Inhalt des Erbscheins schlechthin für das Registergericht bindend sei. Vielmehr hat, da der Erbschein nach §§ 2365, 2366 nur die Vermutung der Richtigkeit und den Schutz redlicher Dritter erzeugt, das Registergericht wie überall, so auch hier die Verfügungsbefugnis der Beteiligten zu prüfen, und wenn es also die Unrichtigkeit des Erbscheins (z. B. auch daß das Nachlaßgericht ihn auf Grund unrichtiger Auslegung des Testaments erteilt oder bei Feststellung der gesetzlichen Erben geirrt hat) ersieht, Anträge des Scheinerben zurückzuweisen. b) Das Recht des Registergerichts zur Nachprüfung der Richtigkeit des Erbscheins ist aber ausgeschlossen: α. Wenn es beim Vorliegen eines öffentlichen Testaments die Vorlegung eines Erbscheins verlangt. Denn hier sollen die Schwierigkeiten, die dem Nachweise des Erbrechts entgegenstehen, durch die Vorlegung des Erbscheins beseitigt werden; dieser soll eine gesicherte Rechtslage der Beteiligten schaffen, und es entspricht daher nach der Absicht des Gesetzes dem Rechte des Registergerichts, die Vorlegung des Erbscheins zu verlangen, der Wegfall seiner Befugnis, die Richtigkeit des verlangten Erbscheins nachzuprüfen. β. Beim Vorliegen eines eigenhändigen Testaments. Denn hier kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden. Das eigenhändige Testament kommt, auch wenn seine Echtheit zweifellos ist, für die Registerbehörde gar nicht in Betracht; da es als Nachweis für das Erbrecht nicht zugelassen ist, so kann sein Inhalt auch nicht zur Widerlegung der Richtigkeit des allein als Nachweis zugelassenen Erbscheins dienen, und es steht dem Registergericht insbesondere nicht die Nachprüfung zu, ob das Testament formell gültig und vom Nachlaßgerichte richtig ausgelegt ist.

§ 110. *Josef, AZivPr. **111** 322. Das Ersuchen einer Behörde im Sinne des § 110 liegt auch dann vor, wenn Nämlichkeit des Vertreters der ersuchenden und der ersuchten Behörde besteht. Auch ein solches Ersuchen dient also zum Ersatze der Eintragungsbewilligung und des Eintragungsantrags. In diesem Falle, also wenn derselbe Richter, der die Geschäfte des Schiffsregistergerichts versieht, zugleich die Rechtsangelegenheit bearbeitet, in der ein Ersuchen um Eintragung erfolgt, hat aber die zwischen dem Vertreter der ersuchenden und dem der ersuchten Behörde bestehende Nämlichkeit die Unanwendbarkeit des im § 100 Abs. 2 FGG. angezogenen § 18 GBO., also die Folge, daß das Schiffsregistergericht die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses nicht der ersuchenden Behörde aufgeben, auch die Eintragung nicht als gesetzlich unzulässig ablehnen kann, sondern jenes Hindernis selbsttätig zu beseitigen und die unzulässige Handlung einfach zu unterlassen hat. Sollte demgegenüber der Registerrichter gemäß § 18 GBO. verfahren haben, so steht ihm gegen diese Verfügung nicht in seiner Eigenschaft als Vertreter der ersuchenden Behörde die Beschwerde zu; denn eine Rechtsverletzung, also die Voraussetzung der Beschwerde, kann nicht vorliegen, wenn die verletzte Behörde zur selbsttätigen Beseitigung der angeblich verletzenden Verfügung in der Lage ist.

§ 120. *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 93. Während nach Abs. 2 des § 120 die erfolgte Eintragung des Schiffspfandrechts auf der Urkunde über die Pfandforderung nur dann, wenn diese Urkunde vorgelegt wird, also nur bedingungsweise zu vermerken ist, schreibt Abs. 1 den gleichen Vermerk auf dem Schiffsbrief und auf dem Schiffszertifikat unbedingt vor. Der Vermerk auf diesen Urkunden braucht zwar nicht gleichzeitig mit der Eintragung im Schiffsregister, sondern nur baldtunlichst zu erfolgen; aber der Gegensatz der Fassung beider Absätze in Verbindung mit dem Umstande, daß dieser Vermerk auf dem Schiffsbrief und Schiffszertifikat eine für den Verkehr sehr erhebliche Bedeutung hat, rechtfertigt den Schluß, daß nach der Absicht des Gesetzes das Gericht verpflichtet sein soll, die Urkunden zu beschaffen,

folglich ihr Besitzer zur Vorlegung verpflichtet sein soll, woraus die Befugnis des Gerichts folgt, die Vorlegung zu erzwingen.

Siebenter Abschnitt. Handelssachen.

§ 126. *Josef, PosMSchr. **13** 58. Beschwerderecht der Handelskammer, auch wenn die Verfügung auf ihren Antrag ergangen ist, s. zu § 19 unter 10 b.

§ 127. 1. Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Verfügung des Registergerichts s. zu § 12 unter VI.

2. OLG. **28** 337, ZBlFG. **15** 22, BayRpflZ. **14** 211, R. **14** Nr. 1156, 1159, 1160 (BayObLG.). Das Registergericht darf von der Aussetzungsbefugnis nicht ohne triftige Gründe Gebrauch machen. Verlangt ein streitiges Verhältnis unaufschiebbare Verfügung, so muß das Registergericht selbst das streitige Verhältnis prüfen (JDR. **3** 2, 236).

3. ZBlFG. **15** 22, R. **14** Nr. 1156 (BayObLG.). Gegen den Aussetzungsbeschluß hat der Antragsteller die Beschwerde ohne Rücksicht darauf, ob ihm Rechtsfähigkeit zukommt oder das Antragsrecht sachlich zusteht.

§ 128. 1. Conrad, R. **14** 154. Im Falle des § 8 Abs. 2 GmbHG. erschöpft sich die Tätigkeit des Gerichtsschreibers nicht in einem bloßen Mitbeurkunden des Ergebnisses einer von dem Richter geführten Verhandlung. Sie tritt vielmehr selbständig und gleichwertig neben die eines Registerrichters, der seinerseits eine Versicherung entgegennimmt. Hiernach hängt die Rechtsgültigkeit der zu Protokoll erklärten Versicherung in diesem Falle nicht davon ab, daß der Registerrichter das Protokoll erhält, sie beginnt vielmehr alsbald mit der Beurkundung durch den Gerichtsschreiber, für die übrigens keinerlei Formvorschriften bestehen. Das Vorstehende bezieht sich nur auf den selbständig tätig werdenden Gerichtsschreiber des Registergerichts; denn nur von ihm ist im § 128 die Rede, der insoweit den Grundsatz des § 11 aaO. über die allgemeine Zuständigkeit jedes amtsgerichtlichen Gerichtsschreibers zur protokollarischen Entgegennahme von Anträgen und Erklärungen einschränkt.

2. *Josef, WürttZ. **14** 231 (Einfluß des Todes auf die erfolgte Anmeldung). Der § 130 BGB., wonach bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Tod, wenn er nach Abgabe (Absendung) der Erklärung eintritt, ohne Einfluß ist auf den Bestand der abgegebenen Erklärung, dagegen die Erklärung wirkungslos macht, wenn er vor dem bezeichneten Zeitpunkt eintritt, ist nicht anwendbar auf Anmeldungen zum Handelsregister, da diese nicht rechtsgeschäftliche Erklärungen, sondern Eintragungsanträge, also bloße Verfahrenshandlungen sind. Aber auch eine sinngemäße Anwendung ist ausgeschlossen; das Registergericht hat vielmehr, soweit ein angemeldetes Rechtsverhältnis in das Register einzutragen ist (z. B. der Firmeninhaber, die Vorstandsmitglieder), die Eintragung abzulehnen, wenn der Einzutragende — sei es vor, sei es nach erfolgter Einreichung der Anmeldung — verstorben ist, weil durch Eintragung eines nicht vorhandenen Rechtssubjekts das Register unrichtig würde. Soweit aber die angemeldete Tatsache nicht in das Register einzutragen, sondern nur zu veröffentlichen ist (z. B. die Namen der Gründer und der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats, § 199 Abs. 1 Ziff. 3, 4), ist es für diese Verpflichtung des Gerichts gleichgültig, ob in den angemeldeten richtigen Tatsachen vor oder nach Einreichung der Anmeldung durch den Tod (z. B. eines Gründers) eine Änderung eingetreten ist.

3. *Josef, HoldheimsMSchr. **13** 268 (Registergericht und Vormundschaftsgericht). Beginnt der gesetzliche Vertreter ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes oder Mündels, so kann das Registergericht die Eintragung der für das Geschäft angenommenen Firma in das Handelsregister nicht auf Grund der §§ 1645, 1823 mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung ablehnen. Denn jene Vorschriften stellen sich als bloße Ordnungsvorschriften für das Verhalten des Vor-

mundes dar, als eine innere Angelegenheit, deren Befolgung das Registergericht nicht zu prüfen hat. Wohl aber wird dieses gemäß den das Verfahren der FG. beherrschenden allgemeinen Grundsätzen nicht etwa auf eine solche pflichtwidrige Anmeldung zunächst die Eintragung bewirken und sodann erst von der vorliegenden Pflichtwidrigkeit dem Vormundschaftsgericht Anzeige machen, sondern der Registerrichter wird, wo er den Mangel der Genehmigung argwöhnt, die Begründetheit dieses Verdachts durch Einsichtnahme der Vormundschaftsakten feststellen und noch vor der Eintragung ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts anregen, durch das dem Vormunde (Vater) ein zeitweiliger Aufschub des Eintragungsverfahrens aufgegeben wird, so daß die Eintragung ganz unterbleibt, wenn das Vormundschaftsgericht nunmehr den Vormund (Vater) zur Aufgabe des pflichtwidrig betriebenen Erwerbsgeschäfts veranlaßt.

§ 129. RheinARV. **14** 62, ZBlFG. **15** 34 Nr. 37 (LG. Cöln). Die vom Notar einzureichende Urkunde über Abänderung des Gesellschaftsvertrags einer GmbH. muß die Urschrift zu ersetzen geeignet, also eine Ausfertigung sein. Eine beglaubigte Abschrift genügt nicht.

§ 131. OLG. **28** 342, ZBlFG. **15** 34 Nr. 34 (Dresden). Keine Eintragung ausländischer Zweigniederlassungen im Register der Hauptniederlassung.

§ 132. 1. **a)** RJA. **13** 112 (KG.). Eine GmbH. besteht trotz Einstellung des Gewerbebetriebs bis zur Fassung des Auflösungsbeschlusses fort. Ein Ordnungsstrafverfahren gegen die Gesellschafter, um sie zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für die Gesellschaft zu zwingen, ist unzulässig. **b)** OLG. **29** 301 (BayObLG.). Ordnungsstrafverfahren nur gegen den Vorstand der Aktiengesellschaft zur Anmeldung des Prokuristen. **c)** KGJ. **45** 178. Ordnungsstrafverfahren behufs Anmeldung der Auflösung der GmbH. nur gegen den gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft, nicht gegen den (einzigen) Gesellschafter als solchen. **d)** OLG. **27** 341 (KG.). Ordnungsstrafverfahren gegen die stellvertretenden Vorstandsmitglieder unzulässig, wenn es gegen die sämtlichen ordentlichen Mitglieder gerichtet ist.

2. OLG. **27** 312 (Hamburg). Gegen den Anmeldungszwang kein Einwand aus dem privatrechtlichen Verhältnisse zum Mitgesellschafter.

3. Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 273. Wenn ein rechtfertigender Sachverhalt zum Einschreiten des Registerrichters materiell vorliegt, wird eine Ordnungsstrafe nur ausgelöst, falls auf die positive Handlungspflicht oder das Gebot der Unterlassung hingewiesen war in der an den Beteiligten erlassenen Verfügung. Dieser muß wissen, was ihm angesonnen wird, er muß nachprüfen können, wie er sich zu verhalten hat. Wenn im Interesse der Beschleunigung der Richter Terminsladungen zur Aussprache mit dem Liquidator über den Stand der Liquidation und deren anderweitig angezeigte Beendigung ergehen läßt, so darf jene Ladung nicht den Inhalt des § 132 in sich aufnehmen ohne bestimmtes Handlungsgebot. Denn die richterliche Zwangsandrohung gilt nur der Abstellung von Rechtswidrigkeiten. Auf den Hinweis darauf in den Verfügungen des Registergerichts kommt es an. Fehlt es an Gesetzesbestimmungen für Gebot oder Verbot, so versagt das Ordnungsstrafverfahren.

4. *Josef, LeipzZ. **13** 593 (§ 1 unter 14a am Ende). Abs. 2 schließt die Beschwerde gegen die nach Abs. 1 ergangene Verfügung schlechthin und für alle Fälle aus. Der Belangte kann also auch die Behauptung, daß das Ordnungsstrafverfahren als solches unzulässig sei, nur durch Einspruch geltend machen und gegen die Straffestsetzung ist nur die sofortige Beschwerde zulässig; denn die sei es auch ungesetzliche Straffestsetzung ist prozessual wirksam geworden und fällt folglich unter § 139 (gegen KGJ. **42** 167, JDR. **11** 1124 unter 3).

§ 133. Literatur: Josef, Festsetzung der Ordnungsstrafe bei verspätet erfolgter Anmeldung, HoldheimsMSchr. **14** 166.

1. a) RJA. **13** 36, OLG. **28** 337, R. **14** Nr. 1161 (KG.). Das Beschwerdegericht hat die vom Registergericht festgesetzte Ordnungsstrafe aufzuheben, wenn das Erlöschen der Firma vor der Entscheidung des Beschwerdegerichts angemeldet wird. **b**) Dagegen *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 167. Hat der Beteiligte nach Festsetzung, aber vor Einziehung der angedrohten Strafe die Anordnung des Gerichts der FG. befolgt, so ist die Strafe einzuziehen und die Beschwerde des Beteiligten gegen die Straffestsetzung unbegründet. Zwar ist die Ordnungsstrafe nicht ein Mittel, um den Beteiligten für begangene Pflichtwidrigkeiten zu bestrafen, sondern ein Mittel, durch das sein Ungehorsam gebeugt, er zur Befolgung der Anordnung angehalten werden soll. Daraus folgt aber nur, daß, wenn der Beteiligte die Anordnung befolgt, noch bevor die Ordnungsstrafe festgesetzt, d. h. ihm nach § 16 FGG. bekanntgemacht ist, die Strafe nicht nachträglich festgesetzt werden darf. Ist aber die Straffestsetzung einmal dem Beteiligten bekanntgemacht, so ist dem Staate der Anspruch auf Zahlung der Strafe entstanden, und dieser Anspruch wird durch nachträgliche Ereignisse, wie die Befolgung der Anordnung, nicht berührt. Denn die Straffestsetzung ist keine selbständige Vollstreckungsmaßregel, sondern nur die Ausführung der strafandrohenden Verfügung, so daß nunmehr das Rechtswesen der Strafe als bloßes Beugungsmittel nicht mehr in Betracht kommt, wie ja auch nach § 380 ZPO. die Strafe gegen ausgebliebene Zeugen festgesetzt werden muß, ohne Rücksicht darauf, daß durch nachträgliche Ereignisse die Vernehmung des Zeugen erledigt ist.

2. Ehrenberg, Hdb. des ges. HR. 597. Wenn der Verpflichtete, bevor die Verfügung auf Straffestsetzung ergeht, inzwischen, obwohl nach Ablauf der Frist, seine Verpflichtung erfüllt hat, so hat die Straffestsetzung zu unterbleiben (gegen Josef, JDR. **9** 909 unter 2).

3. Ehrenberg, Hdb. des ges. HR. 600. Wenn der Beteiligte gegen die wiederholte Strafandrohung Einspruch und gleichzeitig gegen die Straffestsetzung Beschwerde einlegt, so darf das Registergericht die Entscheidung über den Einspruch nicht bis zur Erledigung der Beschwerde aussetzen; aber das Beschwerdegericht darf die Entscheidung über die Beschwerde aussetzen, bis über den Einspruch entschieden ist (JDR. **11** 1124 unter 2).

§ 134. 1. ZBlFG. **15** 266 Nr. 187, R. **14** Nr. 1910 (BayObLG.). Ein Erörterungstermin vor Überblick über die wichtigsten Erhebungen genügt dem Gesetze nicht.

2. Vgl. zu § 13 unter 2 (persönliches Erscheinen).

§ 139. 1. Befolgung der Aufforderung noch vor Erlaß der Beschwerdeentscheidung s. zu § 133 unter 1.

2. *Josef, LeipzZ. **13** 593. Nur sofortige Beschwerde, auch wenn das Verfahren des Registergerichts gesetzlich unzulässig war (oben zu § 1 unter 14 a am Ende und zu § 132 unter 4).

§ 140. 1. R. **13** Nr. 740 (BayObLG.). Zuwiderhandlung setzt Kenntnis des unbefugten Gebrauchs voraus.

2. *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 92. Im Ordnungsstrafverfahren aus § 140 ist die Anwendung von Gewalt unzulässig und nach dem Bau des Verfahrens nur die Ordnungsstrafe zulässig; das Gericht kann daher das die unbefugt geführte Firma enthaltende Geschäftsschild nicht zwangsweise entfernen.

3. OLG. **29** 304, LeipzZ. **14** 698, ZBlFG. **14** 816 Nr. 935 (Hamburg). Bei der Beschwerde gegen die Straffestsetzung nach § 140 Nr. 2 können Einspruchsgründe (§ 140 Nr. 1) nicht mehr geltend gemacht werden.

4. Ehrenberg, Hdb. d. ges. HR. 597. Bestreitet der Beteiligte, inzwischen

dem Verbote zuwidergehandelt zu haben, so müßte diese Frage eigentlich auch erst vor dem Registergerichte verhandelt werden; aber das Gesetz hat dies nicht vorgesehen. Es findet also lediglich die Beschwerde statt, sobald die Strafe festgesetzt ist (gegen Josef, JDR. **11** 1125 unter 3).

§ 142. 1. *Josef, HoldheimsMSchr. **13** 187. Die Vorschrift findet Anwendung, wenn ein Gesellschafter ein rechtskräftiges Urteil erstritten hat, daß der Gesellschaftsvertrag nichtig sei, weil der andere bereits bei dessen Abschluß geisteskrank war, nicht aber, wenn das Urteil feststellt, daß die Gesellschaft, als durch eine vom Beklagten begangene arglistige Täuschung herbeigeführt, nichtig sei. Denn im ersteren Falle lag eine wirksame Anmeldung gar nicht vor, die Eintragung war also unzulässig. Im zweiten Falle war dagegen zur Zeit der Eintragung diese durchaus zulässig; der damals wirksame Gesellschaftsvertrag ist erst durch die spätere Anfechtung nichtig geworden. Die rückwirkende Nichtigkeit des § 142 Abs. 1 BGB. hat nur Bedeutung für das Verhältnis der Parteien untereinander und kommt nicht in Betracht bei der Frage, ob die Behörde zu einer früheren Zeit eine Amtshandlung vornehmen durfte (JDR. **11** unter 10).

2. RJA. **13** 45, OLG. **28** 339, R. **14** Nr. 1162 (KG.). Keine Löschung, wenn die Eintragung nur zur Zeit ihrer Vornahme und nicht auch zur Zeit der Löschung unzulässig ist.

3. *Josef, LeipzZ. **14** 657. Die Eintragung, daß die Liquidation der Gesellschaft wieder eingetreten sei, fällt als Aufhebung der früheren Löschungsverfügung unter § 142 (s. zu § 20 IV 7).

4. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 250. Sind die Eintragungsvoraussetzungen durch Entscheidung des Beschwerdegerichts bejaht, so darf das Registergericht nicht, weil es die Eintragung für unrichtig ansieht, das Löschungsverfahren eröffnen.

5. *Josef, HoldheimsMSchr. **13** 267. Kein Löschungsverfahren, wenn das Registergericht ersieht, daß der Vormund ohne Genehmigung des Gerichts im Namen des Mündels das Handelsgewerbe betreibt, da die Genehmigung nur durch Sollvorschrift (§§ 1645, 1823) verlangt ist, also keine wesentliche Voraussetzung der Eintragung mangelt.

6. KGJ. **44** 137, RJA. **12** 255, R. **13** Nr. 1359 (KG.) Wegen einer in das Handelsregister der Zweigniederlassung bewirkten Eintragung kann der Registerrichter der Zweigniederlassung selbständig das Löschungsverfahren von Amts wegen einleiten, sofern er bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister der Zweigniederlassung ein selbständiges Prüfungsrecht hinsichtlich der Zulässigkeit der Eintragung gehabt hatte.

7. KG., RJA. **12** 60 (JDR. **11** unter 1) jetzt auch OLG. **28** 338, DJZ. **13** 412, R. **13** Nr. 250. (Keine Löschung einer Handelsregistereintragung, weil bei der Anmeldung nicht sämtliche Gesellschafter — §§ 108 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB. — mitgewirkt haben.)

8. RJA. **12** 136 u. **13** 45, OLG. **28** 339, R. **13** Nr. 2175 (KG.). Keine Löschungspflicht, wenn weder ein öffentliches Interesse noch ein solches der Beteiligten an der Löschung vorliegt.

9. **RG.** R. **14** Nr. 2734. § 142 gestattet die Löschung in weiterem Umfang als § 144.

10. **RG.** R. **14** Nr. 2902. Eine Beschwerde ist gegen die Benachrichtigung von der beabsichtigten Löschung nicht gegeben, ebensowenig eine weitere Beschwerde gegen die vom LG. als Beschwerdegericht erlassene Benachrichtigung dieser Art oder die von ihm dem AG. erteilte Anweisung, die Benachrichtigung zu erlassen (JDR. **9** 911 unter 3 e).

11. *Josef, HoldheimsMSchr. **13** 188 (gegen Ehrenberg, JDR. **11** unter 9). Auch wenn der die Löschung Anregende ein rechtskräftiges Urteil erstritten

hat, durch das die Eintragung für unzulässig erklärt ist, darf die Pflicht des Registergerichts, von der beabsichtigten Löschung den Gegenbeteiligten zu benachrichtigen, nicht wegfallen. Denn der Abs. 2 schreibt diese Benachrichtigung zwingend vor, und wenn der Gegenbeteiligte auch nicht mit Anträgen gehört werden darf, die eine Änderung des rechtskräftig festgestellten Zustandes bezwecken, so muß ihm doch die Möglichkeit gewährt werden, seine Rechtsansicht dem Registergerichte darzulegen, insbesondere geltend zu machen, daß das vorliegende Urteil eine Bindung des Registergerichts nicht zur Folge habe.

12. Ehrenberg, Hdb. d. ges. HR. 544. Ist die Frist unbenutzt verstrichen oder der Widerspruch erfolglos geblieben, so darf das Gericht nicht in allen Fällen die Löschung verfügen, sondern es muß unter Umständen die Beteiligten auffordern, eine Änderung herbeizuführen. Sonst könnte z. B. eine Aktiengesellschaft, der das Recht aberkannt wurde, eine gewisse Firma zu führen, durch Löschung der Firma geradezu existenzlos gemacht werden; das Gericht muß sie daher zur Anmeldung einer geänderten Firma auffordern.

13. **RG.** R. **14** Nr. 2903. § 142 ist auch anzuwenden, wenn ein in seinen Rechten beeinträchtigter Dritter oder die Handelskammer die Löschung einer zu Unrecht bewirkten Eintragung beantragt (JDR. **11** unter 6).

§ 144. 1. KGJ. **44** 140, RJA. **12** 225, R. **13** Nr. 1359 (KG.). Trifft die Sondervorschrift des § 144 nicht zu, so findet auch auf Aktiengesellschaften der § 142 Anwendung.

2. KGJ. **43** 105, RJA. **12** 135, **13** 32 (KG.). Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verletzung der Vorschriften über die Abstimmung.

3. RJA. **12** 224 (KG.). Abs. 2 ist nicht anwendbar, wenn der eingetragene Beschluß ein solcher des Aufsichtsrats ist.

4. Jäger, LeipzZ. **14** 1654. Abs. 2 findet Anwendung auf einen Generalversammlungsbeschluß, der lediglich zum Zwecke der Vereitelung des Offenbarungseids einen neuen Vorstand wählt; ein solcher Beschluß wäre nichtig.

5. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 251. Bemerkungen über die Frist des Abs. 3.

6. RJA. **12** 136, R. **13** Nr. 2175 (KG.). Verlegt eine GmbH. ihren Sitz, so ist sie in das Handelsregister des für den neuen Sitz zuständigen Gerichts ohne Prüfung der Zulässigkeit der Firma einzutragen. Bei Unzulässigkeit der Firma kann diese demnächst von Amts wegen gelöscht werden.

§ 145. 1. *Josef, HoldheimsMSchr. **13** 179 (Ermittlungs- und Entscheidungspflicht in streitigen Rechtsverhältnissen; Bindung an rechtskräftige Urteile), s. zu § 12 I 6 d, IV 1, VI 4, 5.

2. **a**) Marcus, HoldheimsMSchr. **13** 302. Das AG. hat bei Abberufung eines Liquidators auch die Wegnahme der in dessen Besitze befindlichen Bücher der Gesellschaft zur Herausgabe an den Ersatzmann anzuordnen; hier greift Art. 17 PrFGG. ein. Diese Bestimmung bildet eine Generalnorm für die richterliche Legitimation der Anordnung von Vollstreckungen im Zusammenhange mit dem auf Grund des § 145 erfolgenden Eingriffe. **b**) Dagegen *Josef, HoldheimsMSchr. **14** 90. Der § 145 mit §§ 147, 157 Abs. 2 HGB. übertragen dem AG. im Verfahren der FG. nur die Abberufung des Liquidators sowie die Bestimmung des Verwahrers der Geschäftsbücher der aufgelösten Gesellschaft, nicht aber die Befugnis, den abberufenen Liquidator, der Sachen der Gesellschaft (insbesondere die Geschäftsbücher) an sich genommen hat, zur Rückgabe an den neu bestellten Liquidator, oder den im Besitze der Geschäftsbücher befindlichen Gesellschafter zur Herausgabe an den bestimmten Verwahrer anzuhalten.

3. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 246. Zur Frage betreffend die Rechtspflegeakte aus §§ 145, 146 FGG. und die Rechtsstellung des Registergerichts gegenüber Handelsrechtskorporationen. Allgemeine Erwägungen wie zu 2 a.

4. *J o s e f, Nichtige Verfügungen der FG. in Handelssachen, s. zu § 1 unter 14 a.

5. *J o s e f, LeipzZ. **13** 599. Der § 146 nimmt in seinen Eingangsworten ausdrücklich Bezug auf die im § 145 bezeichneten Angelegenheiten, und unter diesen gibt es mehrere, in denen das Gericht die Anordnungen ohne Antrag treffen kann, so die Bestimmung des Verwahrers der Bücher und Papiere sowie die Bestellung der Revisoren (§§ 157, 302 Abs. 2, 193 Abs. 3 HGB.). Dennoch findet auch in diesen Fällen die sofortige Beschwerde statt; denn da das Bedürfnis der Beschleunigung einer endgültigen Entscheidung auch in diesen Fällen vorhanden ist, so hat das Gesetz, wie anzunehmen, auch für diese Fälle die sofortige Beschwerde vorschreiben und dies durch die allgemeine Inbezugnahme des § 145 kundgeben wollen. Dasselbe muß gelten, wenn in einem Falle, wo der Antrag gesetzliche Voraussetzung der Anordnung ist, das Gericht versehentlich die Anordnung ohne Antrag erlassen hat, dies nach Sinn und Zweck des Gesetzes; denn mit der Rechtssicherheit wäre es unvereinbar, wenn zeitlich unbeschränkt die Rechtmäßigkeit der Liquidatorenernennung in Frage gestellt werden könnte, weil das Gericht irrtümlich den Antrag auf diese Ernennung als gestellt ansah (vgl. zu § 1 unter 14 a).

6. *J o s e f, HoldheimsMSchr. **14** 90. Hat das AG. in den im § 145 bezeichneten Streitigkeiten die ihm obliegende Entscheidung getroffen, so hat es auf Antrag des Gläubigers durch Ordnungsstrafen und Anwendung von Gewalt den Pflichtigen zur Leistung anzuhalten. Andererseits ist aber auch durch eine solche Entscheidung eine privatrechtliche Verbindlichkeit des Pflichtigen gegenüber dem Gläubiger entstanden, und die Vollstreckungsbefugnis schließt die Erhebung einer Klage, mit der der Gläubiger den Anspruch verfolgt, nicht aus. Der Gläubiger kann unter Umständen sogar Anlaß haben, den Weg der Klage an Stelle der Vollstreckung zu beschreiten.

§ 147. 1. a) RJA. **13** 30, R. **14** Nr. 1163 (KG.). Unzulässig ist die Beschwerde gegen eine Verfügung des Registergerichts, durch die eine Eintragung in die Liste der Genossen einer eingetragenen Genossenschaft angeordnet wird. **b)** Dagegen J o s e f, HoldheimsMSchr. **14** 170, s. zu § 19 unter 8 b.

2. RJA. **13** 31, R. **14** Nr. 1164 (KG.). Ist die Eintragung der Auflösung der Genossenschaft erfolgt auf Grund des Beschlusses einer Generalversammlung, in der nicht die in der Satzung vorgesehene Mindestzahl der Genossen anwesend war, so kann der Beschluß nicht als nichtig gelöscht werden.

§§ 151, 154. *J o s e f HoldheimsMSchr. **14** 90. Die §§ 151, 154 erwähnen zwar nur die Ordnungsstrafe als Mittel zur Erzwingung der Herausgabe; daraus ist aber nicht die Absicht des Reichsgesetzes zu folgern, die Zulässigkeit unmittelbaren Zwanges gemäß den landesgesetzlichen Vorschriften auszuschließen. Das Gericht kann daher die Schriftstücke dem Besitzer durch einen Vollstreckungsbeamten wegnehmen lassen.

Achter Abschnitt. Vereinssachen. Güterrechtsregister.

§ 159. 1. Konstitutive Wirkung der Eintragung in das Vereinsregister s. zu § 1 unter 14 g.

2. RJA. **12** 140, R. **13** Nr. 2122 (KG.). Löschung eines eingetragenen Vereins gemäß § 142, wenn er nach Landesgesetz Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erlangen kann.

3. RJA. **13** 119, OLG. **29** 305, R. **14** Nr. 2108 (KG.). Die Beschwerde gegen eine Eintragung in das Vereinsregister mit dem Ziele der Löschung ist unzulässig. — S. dagegen zu § 19 unter 8 b.

§ 161. 1. KGJ. **45** 193, RJA. **13** 120, R. **14** Nr. 2082 (KG.). Vor Eintragung der durch den Mann verfügten Ausschließung der Schlüsselgewalt in das Güterrechtsregister hat das Registergericht die Formalien des Eintragungsantrags, den Nach-

weis einer formell gültigen Ehe und den Nachweis, daß der Mann durch empfangsbedürftige Erklärung der Frau gegenüber die Schlüsselgewalt ausgeschlossen hat, zu prüfen. Die Aufhebung eines gemeinschaftlichen Hauswesens hat an sich niemals den Rechtsverlust der Schlüsselgewalt, sondern nur ein Ruhen dieses Rechtes zur Folge. Eine Ausschließungserklärung des Mannes ist daher nicht deshalb gegenstandslos oder unwirksam, weil ein gemeinschaftliches Hauswesen nicht mehr bestand.

2. KGJ. **45** 187. Das Registergericht hat seine örtliche Zuständigkeit, ferner zu prüfen, ob die Eheschließung erfolgt ist, ob die Anmeldung formell den gesetzlichen Vorschriften entspricht und ob die Eintragung inhaltlich zulässig ist, nicht aber ob die abgegebenen Erklärungen der Wahrheit entsprechen.

3. Schlegelberger, Anm. V. (755): Das Gericht hat vor der Eintragung zu prüfen, ob die Ehe geschlossen ist.

4. OLG. **26** 260 (Rostock). Ist der Ausschluß der Schlüsselgewalt eingetragen, bevor ihn der Mann der Frau erklärt hat, und beantragt die Frau dieserhalb die Löschung, so ist dieser Antrag abzulehnen, wenn vor der Entscheidung des AG. über diesen Antrag der Mann nachträglich der Frau gegenüber den Ausschluß erklärt hat.

Neunter Abschnitt. Offenbarungseid. Verwahrung. Pfandverkauf.

§ 163. 1. KGJ. **45** 112, RJA. **13** 99, ZBlFG. **15** 263 Nr. 163 (KG.). Erklärt sich der Hausgenosse des Erblassers zur Ableistung des Offenbarungseids bereit (§ 2028), so darf das Gericht die Eidesabnahme nicht deshalb ablehnen, weil kein Grund zu der Annahme bestehe, daß die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt sei (JDR. **11** unter 2).

2. Ebenso Schlegelberger, Anm. 7 Abs. 2 (761).

§ 165. *Josef, BadRpr. **13** 172. Bei der Entscheidung über die Bewilligung einer Vergütung hat das Vormundschaftsgericht lediglich die im § 1836 BGB. für maßgebend erklärten Umstände und Voraussetzungen zu berücksichtigen, wogegen andere Tatsachen (wie besondere Abreden der Beteiligten über die Höhe der Vergütung oder über die Unentgeltlichkeit der Vormundschaftsführung) außer Betracht bleiben. Über solche Tatsachen hat lediglich das Prozeßgericht zu entscheiden, für dessen Urteil die Verfügung des Vormundschaftsgerichts die Grundlage ist. Das gleiche gilt bei der Bewilligung einer Vergütung für den gerichtlich bestellten Verwahrer (§ 165 FGG.) und für die Revisoren von Aktiengesellschaften (§ 194 HGB.), so daß auch hier das Gericht der FG. nur die Höhe der Vergütung festzusetzen hat. Denn auch in diesen beiden Fällen ist die Bewilligungsverfügung keine Anordnung, die dem Pflichtigen eine im Verfahren der FG. vollstreckbare Leistung aufgibt, sondern sie ist nur die Grundlage für eine Klage des Verwahrers oder Revisors so daß also das Prozeßgericht über die Rechtswirksamkeit der von den Beteiligten betreffs der Vergütung getroffenen Abreden zu entscheiden hat. Während es aber im Falle des § 165 FGG. zunächst Sache der Beteiligten ist, sich mit dem Verwahrer über eine Vergütung zu einigen, und der Bewilligungsantrag des Verwahrers sich unmittelbar gegen die Schuldner richtet, ist die Bewilligung der Vergütung für den Vormund oder Pfleger, die auch ohne den Antrag dieser erfolgen kann, eine reine Verwaltungshandlung des Gerichts anläßlich der Vormundschaftsführung, und der etwaige Antrag des Vormundes richtet sich nicht gegen den Mündel.

Zehnter Abschnitt. Gerichtliche und notarielle Urkunden.

Literatur: Josef, Das Verfahren der Reichskonsuln bei der Unterschriftsbeglaubigung, R. **14** 130. — Derselbe, Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Genossenschaft, HoldheimsMSchr. **14** 168. — Derselbe, Vervollständigung und Verbesserung des notariellen Protokolls über eine Generalversammlung, HoldheimsMSchr. **14** 97. — Derselbe, Beurkundungen eines geisteskranken Notars, R. **13** 731.

[§§ 167, 168. I. Rechtsgeschäftliche und nichtrechtsgeschäftliche Beurkundungen. 1. *Josef, R. 14 130. Nach der durch das BGB. und das FGG. geklärten Lehre ist „Rechtsgeschäft" eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der deshalb eintritt, weil er gewollt ist. Den Gegensatz bilden z. B. a) Erklärungen, die sich als bloße Beweisurkunden darstellen, so die eidesstattliche Versicherung zwecks Erlangung des Erbscheins; b) bloße Anzeigen und Mitteilungen, so die Anzeige vom Eintritte der Nacherbfolge und vom Erbschaftskauf (§§ 2146, 2384); c) Anträge im anhängigen Verfahren: diese beabsichtigen wohl einen Erfolg; aber er tritt nicht ein, weil er gewollt ist, sondern nur kraft der gerichtlichen Verfügung, die dem Antrage stattgibt. Dagegen bewirkt die Abtretung einen Übergang der Forderung, die Auflassung eine Bindung, die Vollmacht eine Vertretungsbefugnis, d. h. die Rechtsordnung verwirklicht hier einen gewollten Erfolg deshalb, weil er gewollt ist.

2. Jastrow, DNotV. 13 289. Bezeugung des Notars, daß jemand in seiner Gegenwart mündlich die Erklärung abgegeben hat, er ordne die Feuerbestattung seiner Leiche an. Empfehlenswerter ist, daß der Notar die Anordnung schriftlich abfaßt und vom Erklärenden unterschreiben läßt, sie auch mündlich wiederholen läßt und dann unter der Urkunde bescheinigt, der Beteiligte habe die Erklärung in Gegenwart des Notars mündlich abgegeben (preuß. Recht).

3. a) Bastian, BadNotZ. 13 60. Bei der Beurkundung einer Lotterieziehung hat der Notar den Ziehungshergang in allen Einzelheiten zu überwachen und sodann nach seinem eigenen Ermessen zum Schlusse ein Protokoll aufzunehmen. Die Überwachung ist die Hauptsache. Wirken Aufsichtspersonen, Zeugen u. dgl. mit, so hat der Notar den Vorsitz zu führen; ihm obliegt stets die Leitung der Ziehung und die selbständige Fassung des Protokolls. b) Carlebach, ebenda 62. Der Notar hat nicht selbst die Gewinne zu ziehen (den Glücksfall herbeizuführen), sondern die Tatsache der Verlosung öffentlich zu beurkunden, wie die Wahrnehmung eines Versammlungsbeschlusses.

4. Generalversammlungsbeschlüsse. a) *Josef, HoldheimsMSchr. 14 168. Der Vorschrift des Statuts einer Genossenschaft, daß Beschlüsse der Generalversammlung durch Aufnahme eines Protokolls zu beurkunden sind, ist genügt, wenn das Protokoll lediglich besagt, daß die Generalversammlung die Ausschließung eines Mitglieds beschlossen hat, mag auch der Grund der Bestrafung im Protokolle nicht angegeben sein. Nur wenn in der Generalversammlung schon streitig war, ob der Genosse aus dem einen oder dem anderen Grunde auszuschließen sei, und ferner die Abstimmung in der Generalversammlung unter Hervorhebung des Bestrafungsgrundes erfolgte, muß das Protokoll über diesen Auskunft geben, so daß in solchen Fällen bei mangelnder Angabe des Bestrafungsgrundes die Ausschließung nicht als beurkundet gelten kann. b) Horn, HoldheimsMSchr. 14 21. Unterbleibt versehentlich eine prüfende Kontrolle der Abstimmung durch den Verhandlungsleiter und eine Protokollierung der tatsächlich gewollten und auch erfolgten Beschlußfassung, so bewirkt diese Verletzung der Vorschriften des § 259 HGB., insbesondere die Nichtprotokollierung nicht nur Nichtigkeit des tatsächlich gefaßten Beschlusses, sondern macht das ganze Protokoll wegen Nichtbeachtung einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift ohne weiteres nichtig. c) Dagegen *Josef, HoldheimsMSchr. 14 97. Die Abstimmung jedes Aktionärs ist eine Willenserklärung des Abstimmenden rechtsgeschäftlichen Inhalts (so bei Abstimmungen über Verteilung des Reingewinns, Wahl und Entlastung des Vorstandes). Während aber die rechtsgeschäftlichen Erklärungen von Miteigentümern als Einzelerklärungen beurkundet werden und erst durch diese Beurkundung zur Wirksamkeit gelangen, bringt das Gesetz durch die §§ 251 ff. HGB. zum Ausdrucke, daß die Aktionäre nicht als einzelne zu Protokoll des Notars abstimmen, ihre Erklärungen nicht erst durch

die Protokollierung verwirklicht werden, sondern daß der Notar nur den Vorgang der erfolgten Abstimmung der Versammlung und deren Ergebnis zu beurkunden hat. — Während nun bei Beurkundung von Einzelerklärungen den Beteiligten das Protokoll vorgelesen, von ihnen genehmigt und unterschrieben werden muß, den Beteiligten sonach eine erhebliche Anteilnahme und Mitwirkung bei der Abfassung des Protokolls eingeräumt ist und hiernach dem Notar jede Änderung des Protokolls, sobald einer der Beteiligten oder gar der Notar selbst es unterschrieben hat, verboten ist, bestehen derartige Vorschriften nicht für das Generalversammlungsprotokoll des § 259 HGB. Denn dieses stellt der Notar ohne jede Anteilnahme und Mitwirkung der Beteiligten her; es besteht auch keine Vorschrift, daß der Notar das Protokoll gerade während der Generalversammlung herstellen müßte. Das Protokoll ist also ein reiner Bericht, ein bloßes Zeugnis des Notars über den Versammlungshergang. Danach ist es auch zulässig, daß der Notar, wenn er sich nachträglich überzeugt, daß er einen zustande gekommenen Beschluß nicht durch Aufnahme in das Protokoll beurkundet hat, das unvollständige Protokoll durch ein Nachtragsprotokoll ergänzt und sonstige Mängel des Protokolls nachträglich beseitigt.

II. Rechtswesen der notariellen Beurkundung. 1. Josef, ZBlFG. **14** 550, JheringsJ. **63** 245. S. zu § 13 II 3.

2. Schlegelberger, Anm. 2 zu Art. 83 PrFGG. (1010): Ruft der Beteiligte die Amtstätigkeit des Notars an, so schließt er in der Regel zugleich mit ihm einen Dienstvertrag. Es sind aber Ausnahmen denkbar, wo also der Beteiligte sich an den Notar in dessen Eigenschaft als Beamten wendet, ohne zu ihm in ein Vertragsverhältnis treten zu wollen. Das gilt z. B. oft dann, wenn der Geldgeber oder Hypothekengläubiger auf Wunsch des Eigentümers eine Erklärung beurkunden oder beglaubigen läßt. Der Eigentümer hat in solchen Fällen einen Notar mit der Erledigung aller Urkundshandlungen betraut, er steht zum Notar in einem Vertragsverhältnisse. Der Geldgeber oder Hypothekengläubiger, der an der Auswahl des Notars keinerlei Interesse hat, läßt seiner Erklärung durch den Notar die vom Gesetz erforderte Kraft einer öffentlichen Urkunde geben, will ihm gegenüber aber über das Gesetz hinaus weder Rechte gewinnen noch Pflichten übernehmen. Er wendet sich an ihn lediglich als Amtsstelle; ein Vertrag wird zwischen ihm und dem Notar nicht begründet. Dazu fehlt es an dem Vertragswillen auf beiden Seiten. Dafür, daß die Vertragshaftung keineswegs notwendig bestehen muß, spricht auch der im Art. 83 begründete Dienstleistungszwang. Ob hiernach im Falle reiner Amtstätigkeit auch eine vertragliche Haftung des Notars besteht, läßt sich nur nach Lage des einzelnen Falles beurteilen. In der Regel wird jedoch Vertragshaftung anzunehmen sein (JDR. **11** 185 unter 3). Vgl. hierzu auch RG. JW. **15** 31.

3. *Josef, R. **13** 731. Die Vorschriften der Amtszuchtgesetze, wonach ein geisteskranker Notar zur Ruhe gesetzt werden soll und die Feststellung dieses Zustandes nur in einem genau geregelten förmlichen Verfahren erfolgen darf, rechtfertigt den Schluß, daß die bloße Tatsache eingetretener Geisteskrankheit den Verlust des Amtes als Notar, also der Zuständigkeit zu öffentlichen Beurkundungen, nicht zur Folge hat. Die Rechtsgültigkeit der notariellen Beurkundung wird danach nicht dadurch berührt, daß der Notar tatsächlich geisteskrank war, und die Prozeßpartei kann folglich zu einem Nachweis in dieser Richtung nicht zugelassen werden. Der Gesetzgeber ging von der Ansicht aus, daß die Befugnisse der Dienstaufsichtsbehörden und die Vorschriften der Amtszuchtgesetze ausreichen, um Beurkundungen eines Notars, der geisteskrank ist, zu verhindern.

III. Zuständigkeit. Prozeßvergleich. Auflassung. 1. Jolly, BadRpr. **13** 41. Da in Baden ganz allgemein jeder Notar zur Entgegennahme und Beurkundung von Auflassungen zuständig ist, so folgt, daß das gleiche auch für den Prozeßrichter gilt, und zwar nicht nur für den badischen, sondern

für jedes deutsche Prozeßgericht, und daß daher jedes badische Grundstück in jedem Prozeßvergleiche, der vor einem deutschen Gericht abgeschlossen wird, gültig aufgelassen werden kann. Jedoch kann eine in einem prozeßgerichtlichen Vergleich erklärte Auflassung nur dann als auch gleichzeitig vor dem Grundbuchamt abgegeben gelten, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß der Prozeßrichter auch als Grundbuchrichter handeln wollte, und das richterliche Protokoll kann nur dann auch als grundbuchamtlich gelten, wenn es die Bedingungen erfüllt, die nach dem FG. oder der GBO. an es zu stellen sind. Ebenso ist die im Prozeßvergleich erklärte Erbschaftsausschlagung nur dann wirksam, wenn die Umstände deutlich erkennen lassen, daß die Ausschlagungserklärung vom Richter als solchem entgegengenommen worden ist, daß er bei ihrer Abgabe gleichzeitig als Prozeß- und Nachlaßrichter handeln wollte.

2. Dagegen *Josef, BadRpr. **13** 215, s. zu § 1 unter 12 d.

3. *Josef, BadRpr. **13** 214. a) Dem § 925 BGB. und dem Art. 143 EG. liegt die Erwägung zugrunde, daß nur das Grundbuchamt und die landesgesetzlich berufenen Amtsstellen in ihrer Eigenschaft als Organe der FG. zur Entgegennahme der Auflassung geeignet sind. Eine ausdehnende Auslegung dieser Zuständigkeitsbestimmung auf andere Amtsstellen, insbesondere auf das Prozeßgericht, ist also nach der Absicht des Gesetzes unzulässig; folglich wird auch in den Rechtsgebieten, in denen die Notare oder andere Amtsstellen zur Entgegennahme der Auflassung zuständig sind, diese nicht ersetzt durch die Beurkundung im prozeßgerichtlichen Vergleiche. Dies gilt für Baden um so mehr, als hier der Gesetzgeber die Zuständigkeit zur Entgegennahme der Auflassung nicht jedem deutschen Notar, sondern nur den badischen Notaren beilegt, weil diese regelmäßig zugleich Vorsteher des Grundbuchamts sind und in den seltenen Ausnahmefällen mit Leichtigkeit in der Lage sind, den Inhalt des Grundbuchs festzustellen, sonach für die Entgegennahme der Auflassung eine ähnliche Sicherheit bieten, wie sie die Auflassung vor dem Grundbuchamte bietet (JDR. **9** unter 4 ff.). b) Wird ein Rechtsgeschäft, das nach dem bürgerlichen Rechte einer besonderen Form bedarf, in der prozessualischen Form des Vergleichs vorgenommen, so hat die Beurkundung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu erfolgen, und es wird hierdurch die sonst gesetzlich erforderliche Form ersetzt.

4. Zeiler, ZBlFG. **15** 17. Durch § 167 Abs. 2 ist die Zuständigkeit des AG. zur Beurkundung aller die Vaterschaft betreffenden Erklärungen festgesetzt, also auch der Erklärung, daß eine früher vom Erklärenden abgegebene Vaterschaftsanerkennung unrichtig sei. Das gilt sonach auch für die Bundesstaaten, in denen nur die Notare zu rechtsgeschäftlichen Beurkundungen zuständig sind.

5. Schlayer, DJZ. **14** 1247. Bei Verträgen zwischen Militär- und Zivilpersonen reicht die Zuständigkeit der Militärrichter nur so weit, als es sich um Beurkundung von Vertragsangeboten oder Annahmeerklärungen der Heeresangehörigen handelt. Die Beurkundung von Vertragserklärungen der nicht zum Heere gehörigen Zivilpersonen steht ihnen nicht zu.

IV. Ablehnung der Beurkundung (JDR. **11** unter III, IV). 1. KGJ. **44** 213, ZBlFG. **14** 482, OLG. **26** 178, R. **13** 176 Nr. 3 (KG.). Lehnt das Grundbuchamt die Entgegennahme der Auflassung mit der Begründung ab, daß diese ungültig sein würde, so findet hiergegen die Sachbeschwerde statt.

2. Vaterschaftsanerkennung minderjähriger Erzeuger s. zu § 2 II 2.

3. Schlegelberger, Anm. 19. (795): Der Urkundsbeamte braucht sich einer offenbaren und augenscheinlichen Lebensgefahr nicht auszusetzen, während eine entfernte Gefahr in der Regel die Ablehnung noch nicht rechtfertigt.

§ 169. Schlegelberger, Anm. 6. (823): Die von den Beteiligten gestellten Zeugen dürfen nicht zurückgewiesen werden, wenn der Richter (Notar) weder an ihrer Identität noch an ihrer Zuverlässigkeit und Geeignetheit zweifelt; denn es steht den Beteiligten frei, den Personenkreis, dem der Urkundsakt offenbar wird, im Rahmen der gesetzlichen Vorschrift zu bestimmen.

§§ 170, 171. Literatur: v. Amelunxen, Vollstreckbare Urkundenausfertigung durch den Notar in eigener Sache, DNotV. **14** 620. — Grofebert, Kann ein Notar Beurkundungen für eine Genossenschaft vornehmen, deren Mitglied er ist? DNotV. **14** 343. — Josef, Die Ausschließung des Notars von der Beurkundungstätigkeit in seiner Eigenschaft als Mitglied einer juristischen Person, BayNotZ. **14** 209.

1. DNotV. **13** 594 (Bescheid des OLGPräs. Naumburg). Notare können die Rechtsgeschäfte von Genossenschaften beurkunden, deren Mitglieder oder in deren Aufsichtsrat sie sind.

2. v. Amelunxen, DNotV. **14** 631. Der reichsgesetzlichen Amtshandlung notarieller Beurkundung stellt Art. 84 PrFGG. andere notarielle Amtshandlungen gegenüber, „die nicht die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstande haben". Hierbei ist aber, wie die Bezugnahme auf die §§ 6—9 FGG. ergibt, nur an Handlungen gedacht, die zur Errichtung eines Protokolls führen; gemeint sind also nur Beurkundungen, deren Gegenstand nicht ein Rechtsgeschäft ist. Art. 84 findet also nicht Anwendung auf die Ausfertigung einer vom Notar verwahrten Urschrift; bei dieser gibt es keine Beteiligte, die vielmehr nur vorhanden sind, wo ein Protokoll (sei es auch nichtrechtsgeschäftlichen Inhalts) zu errichten ist. Die Erteilung der Ausfertigung und der Vollstreckungsklausel ist eine rein technische Amtshandlung, ganz wie die Verwahrung und Einsichtgestattung; es steht also nichts im Wege, daß ein Notar für oder gegen sich und seine nächste Verwandtschaft einfache oder vollstreckbare Ausfertigungen sich oder anderen Personen erteile. Denn diese Erteilung ist keine beurkundende Amtstätigkeit, sondern lediglich Ausfluß der Verwahrungsaufgabe.

3. Grofebert, DNotV. **14** 343. Der Notar, der Mitglied einer Genossenschaft ist, ist von der Beurkundung von Rechtsgeschäften für die Genossenschaft nur dann ausgeschlossen, wenn es sich um Rechtsgeschäfte zwischen einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht und einem ihrer Gläubiger handelt, durch die eine bestehende Verbindlichkeit der Genossenschaft aufgehoben oder verringert wird (z. B. Beurkundung eines Erlaßvertrags, einer Quittung oder Löschungsbewilligung) und selbstverständlich auch, wenn er selbst für die Genossenschaft Erklärungen abgibt. Bei nichtrechtsgeschäftlichen Beurkundungen ist er ausgeschlossen, wenn dadurch seine durch die Mitgliedschaft begründeten Rechte oder die der Genossenschaft unmittelbar beeinflußt werden.

4. a) v. Amelunxen, DNotV. **14** 624. Die Worte „zugunsten" sind nicht gleichbedeutend mit „Vorteil begründend". Sie sagen das nämliche wie der Kanzleiausdruck „in betreff". b) Schlegelberger, Anm. 2 ff. (831 ff.): Eine Verfügung „zugunsten" der Urkundsperson ist auch das ihr gemachte Vertragsangebot, die Vollmachtserteilung, Quittung, nicht aber eine Verfügung zugunsten einer von ihr für fremde Rechnung verwalteten Vermögensmasse. Die Begünstigung muß die unmittelbare Folge des Rechtsgeschäfts sein; daher kann der Notar die Abtretung der auf seinem Grundstücke haftenden Hypothek beurkunden (JDR. **11** unter 1).

5. *Josef, BayNotZ. **14** 209. a) Der Notar, der im Vorstand einer juristischen Person ist, kann die von den anderen Vorstandsmitgliedern oder von Dritten in Angelegenheiten der juristischen Person abgegebenen Erklärungen rechtsgeschäftlichen Inhalts beurkunden. Denn bei letzteren regelt sich die Ausschließung nach den §§ 170, 171, und diese enthalten keine Vorschrift wie die des

§ 6 Ziff. 1, wonach der Notar von der Beurkundung in Angelegenheiten, in denen er als Vertreter eines Beteiligten bestellt ist, ausgeschlossen ist. b) Nach den Landesgesetzen findet auf die Ausschließung des Notars bei nichtrechtsgeschäftlichen Beurkundungen der § 6 Anwendung. Ist der Notar Mitglied einer Genossenschaft, so ist er für deren Verbindlichkeiten unbeschränkt oder mit einem bestimmten Betrage verhaftet; er steht also zur Genossenschaft im Verhältnis eines Mitverpflichteten; folglich ist er nach § 6 Ziff. 4, obwohl bei der Generalversammlung die Genossenschaft selbst beteiligt ist, von der Führung des Versammlungsprotokolls ausgeschlossen, ebenso von der Protestierung eines Wechsels, bei dem die Genossenschaft als Inhaberin oder als Protestatin oder auch nur als Wechselverbundene beteiligt ist. Der Notar steht hier zu der beteiligten Genossenschaft im Verhältnis eines Mitverpflichteten. c) Bei Führung des Protokolls über die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft ist diese als juristische Person beteiligt; da der Notar für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht verhaftet ist, schließt die bloße Tatsache, daß der Notar Aktionär ist, ihn (wenn er an der Versammlung nicht teilnimmt) von der Beurkundung der Versammlungsbeschlüsse nicht aus, ebensowenig von der Protestierung eines Wechsels, bei dem die Aktiengesellschaft beteiligt ist. Wohl aber kann der Inhalt eines Beschlusses ein solcher sein, daß der Notar als beteiligt erscheint, so schon wenn er die Verteilung des Reingewinns betrifft. Ist der Notar ein Vorstand der Aktiengesellschaft, so ist er nach § 6 Ziff. 4 von jeder nichtrechtsgeschäftlichen Beurkundung ausgeschlossen.

§ 173. Schlegelberger, Anm. 3 Nr. 4. (836): Zur Ausbildung überwiesene Referendare sind nicht Gehilfen, auch nicht der Anwalt, der mit dem Notar Bureaugemeinschaft hat. Der Bureauvorsteher steht im Dienste nicht bloß des Notars selbst, sondern auch seines Vertreters; denn er leistet diesem Dienste auf Grund des mit jenem geschlossenen Dienstvertrags. Der Hausverwalter des Notars ist nicht sein Gehilfe, da er nicht für die Dienstgeschäfte des Notars angenommen ist.

§ 174. 1. Schlegelberger, Anm. 5. (842): Unitas actus, Sukzessivbeurkundung, wie Josef, ZBlFG. **10** 145 u. R. **09** 205 (JDR. **9** 918).

2. Weißler, DNotV. **13** 619 (gegen Höniger, ebenda **9** 177, 333, JDR. **9** 918). Die Vollziehung der öffentlichen Urkunde in einem Zuge (unitas actus) ist vom Gesetze nicht vorgeschrieben, folglich kann sie auch nichts Wesentliches sein, zumal die Befolgung einer solchen Vorschrift der Urkunde gar nicht anzusehen wäre. Die Perfektion des Geschäfts und ihr Zeitpunkt ergibt sich aus dem Datum der Urkunde. Ist dies unrichtig angegeben, so läge eine sachlich unrichtige Beurkundung vor, die materiellrechtliche Folgen haben könnte, darunter auch die Unwirksamkeit des Geschäfts. Aber eine Form wäre nicht verletzt.

§ 176. Literatur: Josef, Die Vollmacht als bloßer Vertretungsausweis und als Ergänzung der rechtsgeschäftlichen Erklärung, ElsLothNotZ. **13** 149. — Derselbe, Feststellung der Geschäftsfähigkeit und der Verfügungsbefugnis im notariellen Protokolle, BadNotZ. **14** 131.

I. 1. **RG. 81** 95, JW. **13** 270 u. **84** 163, JW. **14** 531. Folgen unrichtiger Angaben von Ort und Zeit (für Testamente).

2. Schlegelberger, Anm. 2 ff. (844): Die Fortlassung von Unterscheidungsmerkmalen mehrerer Orte desselben Namens ist nur dann unschädlich, wenn die Angabe in Verbindung mit dem übrigen Inhalte der Urkunde einen sicheren Schluß auf den Ort der Verhandlung zuläßt. — Ereignisse, die nicht von allgemeiner Bedeutung sind oder in der Erinnerung des Volkes nicht an einen bestimmten Tag gebunden sind, sind zur Bezeichnung des Tages ungeeignet. — Die Nichtangabe des Namens des Beteiligten wie des Mitwirkenden ist unschädlich, sofern nur eine anderweit ausreichende Bezeichnung vorhanden ist.

II. 1. a) BayObLG. **28** 341, ZBlFG. **15** 30 Nr. 14. Aus der Erklärung muß entnommen werden können, daß der Inhalt der Schrift als vom Beteiligten zu Protokoll erklärt gelten solle. **b)** R. **14** Nr. 248 (Hamburg). Auch die Anlage muß verlesen werden (JDR. **9** II 1). **c)** **RG.** ZBlFG. **14** 807 Nr. 881, LeipzZ. **14** 853, R. **14** Nr. 825. Verzicht der Beteiligten auf die Verlesung, auch der Anlagen, ist wirkungslos.

2. (JDR. **9** unter II 1.) **a)** *Josef, ElsLothNotZ. **13** 149. Der § 176 Abs. 2 findet, wie seine Fassung ergibt, Anwendung nur auf Schriften, auf die „in der Erklärung", d. h. im rechtsgeschäftlichen Teile des Protokolls, Bezug genommen wird, die sonach (wie z. B. der Tilgungsplan beim Bankhypothekendarlehen) zur Ergänzung der rechtsgeschäftlichen Erklärung dienen. Dagegen findet Abs. 2 nicht Anwendung auf Urkunden, die (wie Vollmachten, Registerauszüge, Erbscheine) zum Nachweise der Verfügungsmacht des Erklärenden überreicht werden. Wenn die Vollmacht aber nicht bloß die Vertretereigenschaft des Erklärenden beweisen, sondern zugleich seine rechtsgeschäftlichen Erklärungen ergänzen soll, so fällt sie unter Abs. 2, unterliegt also dem Vorlesungszwange. Ist jedoch die Erklärung, so wie sie zu Protokoll gegeben ist, für sich allein, also auch ohne die ihr durch die Vollmacht gegebene Ergänzung, genügend, um den Willen des Beteiligten wirksam zum Ausdrucke zu bringen, so ist die unterlassene Vorlesung der als Anlage überreichten Vollmacht unschädlich. Denn hier ist alles, was zur Rechtswirksamkeit der Erklärung erforderlich ist, formgerecht beurkundet, und nur die Absicht des Beteiligten, noch darüber hinaus zum besseren Verständnisse des Erklärten ein weiteres zu erklären, wegen Formmangels nicht zur Ausführung gekommen. **b)** KGJ. **45** 12, ZBlFG. **14** 361 Nr. 464, OLG. **29** 306, R. **13** Nr. 2483 (KG.). Reine Vollmachtsurkunden sind keine Protokollanlagen; sie werden durch den Ausfertigungsvermerk nicht gedeckt, sind vielmehr, falls sie der Ausfertigung oder dem Auszuge beigefügt werden, zu beglaubigen. **c)** **RG.** JW. **14** 350. Anlagen unterliegen dem Verlesungszwange nur dann, wenn sie durch ihren Inhalt zur Ergänzung der beurkundeten Erklärung dienen sollen. Dagegen bildet der Inhalt der Vollmachtsurkunde für sich keinen Bestandteil der beurkundeten Erklärungen.

3. Buhe, GruchotsBeitr. **58** 376. Anwendung des Abs. 2 auf vollstreckbare Urkunden (JDR. **11** unter 7 c).

4. **RG.** R. **14** Nr. 792. Anwendbarkeit des Abs. 2 im Falle des § 2238.

5. Randvermerke auf der Ausfertigung; Einschaltungen, Durchstreichungen. **a)** ZBlFG. **13** 209 Nr. 98 (LG. Düren). Randvermerke auf der Ausfertigung einer notariellen Urkunde sind zulässig, es sei denn, daß durch die Beifügung zu zahlreicher Vermerke am Rande oder am Schlusse die Ausfertigung selbst unklar, unübersichtlich oder unleserlich würde. **b)** KGBl. **14** 61, ZBlFG. **15** 206 (KG.). Ob es überhaupt zulässig ist, in einer Ausfertigung Einschaltungen durch Randvermerke vorzunehmen, die sich in der Urschrift der Urkunde nicht befinden, sondern erst durch Auslassungen bei der Herstellung der Ausfertigung veranlaßt sind, ist nicht zweifellos. Voraussetzung der Anwendbarkeit des Art. 64 PrFGG. ist aber, daß ein solcher Ausfertigungsrandvermerk sich zweifelsfrei als Zusatz in der Ausfertigung darstellt und nicht so gefaßt ist, daß er für einen Randvermerk in der Urschrift gehalten werden könnte. **c)** Hellmaier, BayNotZ. **13** 121. Berichtigung des Textes von Urkunden (Bayer. Landesrecht). **d)** Klein, BayNotZ. **13** 140. Einschaltungen und Durchstreichungen von Urkunden (Bayer. Landesrecht).

III. 1. Schlegelberger, Anm. 24. (857): Feststellung der Nämlichkeit wie KGJ. **36** 151 (JDR. **7** 1031).

2. Krafft, SeuffBl. **13** 8. Die Feststellung: die Persönlichkeit sei durch

den dem Notar bekannten X. bestätigt, oder: der Beteiligte habe sich über seine Persönlichkeit ausgewiesen durch . . ., ist unzureichend; denn sie besagt nichts über den Wert, den jene Bestätigung oder jener Ausweis für die Überzeugung des Notars hat, d. h. ob er hierdurch den Nachweis der Persönlichkeit für erbracht ansah.

3. Sorgfaltspflicht bei Feststellung der Nämlichkeit. a) **RG.** JW. **13** 376. Versicherung des Bureauvorstehers des Notars genügt grundsätzlich. b) **RG.** GruchotsBeitr. **58** 494, ZBlFG. **14** 352, JW. **13** 1044, DJZ. **13** 1138, R. **13** Nr. 2353—2355. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, daß sich der Notar die Gewißheit über die Persönlichkeit der Beteiligten auf Grund der Anerkennung der ihm unbekannten Vertragspartei durch die andere Vertragspartei verschafft. Doch ist eine solche Feststellung nicht empfehlenswert und äußerste Vorsicht geboten. Auch die Glaubwürdigkeit des Anerkennenden ist zu prüfen. (Ebenso **RG.** R. **14** Nr. 1106.) c) Dazu Frese, R. **14** 281. Die Feststellung der Persönlichkeit bei Beurkundungen. Allgemeine Erwägungen zu dem Urteile zu b.

IV. Feststellung der Geschäftsfähigkeit und der Verfügungsbefugnis. 1. KGJ. **44** 208. Ist im notariellen Protokolle die im Grundbuch als Ehefrau eingetragene Eigentümerin als Witwe bezeichnet, so darf das Grundbuchamt zum Nachweis ihrer Verfügungsbefugnis nicht noch eine Sterbeurkunde des Mannes verlangen.

2. *Josef, BadNotZ. **14** 131. Ist der Berechtigte im Grundbuch als in der Geschäftsfähigkeit oder in der Verfügungsbefugnis beschränkt eingetragen und hat bei einer von diesem Berechtigten erklärten Verfügung der Notar zu dessen Bezeichnung (§ 176 Abs. 1 Ziff. 3) ein Merkmal angegeben, das den Wegfall der Beschränkung enthält, so ist hiermit grundbuchmäßig die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit oder Verfügungsbefugnis erwiesen, so z. B. wenn der Notar die als Minderjährige oder als Ehefrau eingetragene Berechtigte als volljährig oder als Witwe bezeichnet. Denn da die Feststellung der zur Bezeichnung gewählten Merkmale innerhalb der Amtsbefugnisse des Notars liegt, erstreckt sich auf jene nach § 415 ZPO. die Beweiskraft der notariellen Urkunde. Dagegen trifft dies nicht zu, wenn der Berechtigte im Grundbuch als Gemeinschuldner oder als entmündigt oder als durch Anordnung der Testamentsvollstreckung beschränkt eingetragen ist und bei einer von ihm erklärten Verfügung der Notar die erfolgte Aufhebung des Konkurses oder der Entmündigung oder der Testamentsvollstreckung erwähnt. Denn Vermerke dieser Art dienen nicht zur Bezeichnung des Beteiligten, sondern nur zur Begründung ihrer nunmehrigen Geschäftsfähigkeit oder Verfügungsbefugnis, und auf die Richtigkeit solcher Vermerke erstreckt sich nicht die Beweiskraft der notariellen Urkunde.

3. KGJ. **45** 187, PosMSchr. **14** 13, ZBlFG. **14** 815 Nr. 932 (KG.). Hat der Notar bei der Beurkundung eines Ehevertrags die Beteiligten als Eheleute bezeichnet so ist damit für die Eintragung in das Güterrechtsregister der Nachweis der Eheschließung erbracht; es bedarf nicht noch der Beibringung der Eheschließungsurkunde.

§ 177. Literatur: Josef, Mangelnde Unterschrift eines Mitbeteiligten, Bad. NotZ. **13** 54.

1. Schlegelberger, Anm. 7. (862): Der Beteiligte muß mit seinem Namen unterschreiben; daher widerspricht es der Formvorschrift des Abs. 1 Satz 1, wenn der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt. Denn nur die Person, die die Erklärung abgibt, kommt für die Beurkundung als Beteiligter in Betracht, nur ihr Name kann daher als Unterschrift dienen.

2. Schlegelberger, Anm. 10. (863): Weist das Protokoll durch ein Zeichen auf einen außerhalb des Textes stehenden Vermerk hin, so bezeugt der Feststellungsvermerk zwar, daß das Protokoll mit dem Hinweis auf eine später noch zu protokollierende Erklärung vorgelesen, genehmigt und unterschrieben ist, deckt

diese Erklärung selbst aber nicht und stellt nicht fest, daß auch hinsichtlich dieser Ergänzung dem Abs. 1 Satz 1 genügt ist (gegen **RG.** JDR. **10** 530 unter III).

3. a) KGJ. **45** 120 (für Testamente). Auch wenn der Beteiligte blind ist, muß das Protokoll seine Unterschrift oder die Feststellung seiner Erklärung, daß er nicht schreiben könne, enthalten. Diese Feststellung wird durch die Feststellung seiner Erklärung, daß er blind sei, in der Regel nicht ersetzt. b) Danz, JW. **14** 388. Der Unterschrift des Blinden bedarf es nicht, da dem Blinden jede Fähigkeit fehlt, zu erkennen, ob seine Unterschrift unter einem Protokolle steht oder ob überhaupt etwas darüber steht. Die Erklärung des Beteiligten, blind zu sein, enthält die Erklärung, nicht schreiben zu können (für Testamente).

4. **RG.** JW. **13** 339, ZBlFG. **14** 29 Nr. 25, R. **13** Nr. 881. Nachträgliche Zufügung und Nichtmitverlesung von Ziffern vor den Namen der Erschienenen beeinträchtigt die Gültigkeit des Protokolls nicht, ebensowenig, daß ein im Protokoll in Bezug genommener Katasterauszug den Beteiligten nur in den gerade sie angehenden Teilen vorgelesen ist und daß die Urkundsperson jeder Gruppe der Beteiligten den Kopf des Protokolls, ihre Namen und ihre Erklärung gesondert vorgelesen hat, da in Wirklichkeit mehrere nur äußerlich zusammengefaßte Protokolle vorliegen. Dagegen muß im Protokolle festgestellt werden, daß die von einzelnen Beteiligten ihrer Unterschrift hinzugefügten rechtsgeschäftlichen Erklärungen (Einschränkungen) mitvorgelesen sind. — Dazu Weißler, DNotV. **13** 331.

5. **RG.** R. **14** Nr. 825 s. zu § 176 II 1 c (Verzicht auf Verlesung).

6. **RG.** R. **14** Nr. 668. Die Vorschriften des § 177 gelten auch für die Beurkundungen der preußischen Gemeindebeamten.

7. KGJ. **43** 26, RJA. **12** 141 (Dolmetscher als Schreibzeuge, JDR. **11** unter 11) jetzt auch R. **13** Nr. 2173.

8. *Josef, BadNotZ. **13** 54 (gegen Müller, JDR. **11** unter 14). a) Sind bei einer rechtsgeschäftlichen Beurkundung mehrere beteiligt, so ist das Protokoll von sämtlichen Beteiligten zu unterzeichnen. Fehlt eine oder einzelne der Unterschriften, so ist die Beurkundung nicht etwa wegen Verstoßes gegen § 177 Abs. 1 gänzlich unwirksam, sondern sie ist behufs Aufrechthaltung der Wirksamkeit so zu behandeln, als ob nur diejenigen Beteiligten, die die Urkunde unterzeichnet haben, die Beurkundung beantragt hätten und als ob der Notar nur die Beurkundung der Erklärungen dieser Beteiligten beabsichtigt hätte. Daher sind die Erklärungen derjenigen Beteiligten, die die Urkunde unterzeichnet haben, als rechtswirksam beurkundet anzusehen. Ob ihnen materielle Wirksamkeit zukommt oder ob sie wegen des Fehlens der Unterschriften anderer Beteiligter wirkungslos sind, läßt sich nicht einheitlich entscheiden, hängt vielmehr von dem Inhalte der abgegebenen Erklärungen ab. b) Hat der Notar durch seine Unterschrift das Protokoll abgeschlossen, also die Beurkundungsverhandlung beendigt, so ist eine nachträgliche Unterschrift des Beteiligten ausgeschlossen, da die Urkunde hierdurch inhaltlich geändert, zu einer anderen Urkunde würde, eine solche Änderung der abgeschlossenen öffentlichen Urkunde aber unzulässig ist.

§ 179. Vgl. zu § 177 unter 7 (Dolmetscher als Schreibzeuge unlässig).

§ 181. *Josef, ZBlFG. **14** 454 (gegen BayObLG., JDR. **11** 1136). Während nach § 177 das Protokoll auch vom Ersteher zu unterzeichnen wäre, befreit ihn § 181 Satz 2 hiervon, behufs Erleichterung der notariellen Versteigerung und zwecks Vermeidung der sich aus der vorzeitigen Entfernung der Bieter ergebenden Schwierigkeiten. Nun lauten die üblichen Allg. Versteigerungsbedingungen dahin: „Versteigerer und Ansteigerer sind darüber einig, daß die letzteren im Grundbuch als Eigentümer eingetragen werden, und bewilligen und beantragen durch das Unterzeichnen dieses Protokolls die Eintragung der Auflassung." Die Beteiligten, die die

Versteigerung nach den allgemein üblichen Bedingungen bewirken, wollen doch aber jene ihnen vom Gesetze gewährte Erleichterung keineswegs beseitigen; daher ist die oben mitgeteilte Bedingung offenbar dahin zu verstehen: die Auflassung gelte als bewirkt durch die in Gemäßheit des Gesetzes erfolgende Unterzeichnung, so daß diese also nach der allgemeinen Vorschrift des § 177 vom Versteigerer wie vom Ersteher zu erfolgen habe, nach der Sondervorschrift des § 181 aber auch vom Ersteher allein genügen solle. So versteht auch der Notar — der Berater der Beteiligten — jene Versteigerungsbedingungen; andernfalls würde er das Verbleiben des Erstehers bis zum Schlusse und dessen Unterschrift veranlassen. — Die von Rau, R. **05** 277 vertretene, bei Josef, Anm. 6 zu § 181, wiedergegebene Ansicht, wonach der § 181 bei der Versteigerung von Grundstücken überhaupt nicht anwendbar sein soll, ist mit Recht bekämpft von Franz, Notariat 198.

§ 182. 1. S. zu § 176 II 5 (Randvermerke auf der Ausfertigung).

2. Preuß. Landesrecht. *Josef, ZBlFG. **14** 509. Der § 797 Abs. 2 Satz 2 ZPO., wonach, wenn die notarielle Urkunde von einer Behörde verwahrt wird, diese „Behörde" die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen hat, will keine Bestimmung darüber treffen, welches Organ dieser Behörde die Ausfertigung erteilen hat. Dieses ist vielmehr der Landesgesetzgebung überlassen, so daß in Preußen hierfür nach Art. 45 PreußFGG. der Gerichtsschreiber zuständig ist.

§ 183. Literatur: Josef, Das Verfahren der Reichskonsuln bei der Unterschriftsbeglaubigung, R. **14** 130. — Derselbe, Die Beglaubigung der Unterschrift unbekannter Beteiligter, insbesondere in Bayern, SeuffBl. **13** 561.

1. a) KGJ. **44** 6, ZBlFG. **14** 468 Nr. 517. Die Beglaubigung einer Unterschrift durch einen Reichskonsul kann, wenn dieser zur Ausübung der Gerichtsbarkeit befugt ist, durch einen einfachen, mit Datum, Unterschrift und Siegel oder Stempel versehenen Vermerk bewirkt werden. — Seitens eines nicht mit Gerichtsbarkeit ausgestatteten Konsuls ist eine Unterschriftsbeglaubigung nicht als schriftliches Zeugnis nach § 15, sondern nur in Form eines konsularischen Notariatsaktes nach §§ 16, 17 KonsOG. vom 8. November 1867 zulässig. Es ist also die Zuziehung zweier Zeugen und die Aufnahme einer Verhandlung in Protokollform geboten. — Zur Beglaubigung der Unterschrift eines Ausländers unter einer einheitlichen Erklärung, die nur gegenüber einem Deutschen abgegeben wird, ist ein Reichskonsul auf Grund des § 16 nicht zuständig. b) Dagegen *Josef, R. **14** 130. Die §§ 16, 17 KonsOG. vom 8. November 1867, wonach der Konsul zuständig ist zur Aufnahme von Urkunden über Rechtsgeschäfte, die die Bundesangehörigen errichten (schließen), verstehen zwar unter Rechtsgeschäft jede für den Rechtsverkehr erhebliche Erklärung, jedoch, wie die sprachliche Auslegung der eben hervorgehobenen Worte ergibt, nur sofern dem Konsul bei Feststellung des materiellen Inhalts der Urkunde eine Mitwirkung obliegt. Eine solche fand aber nach den zur Zeit des Erlasses jenes Gesetzes geltenden Rechten bei der Unterschriftsbeglaubigung nicht statt; diese erfolgte vielmehr schon damals entweder in der Form eines bloßen Beglaubigungsvermerkes oder in Form eines Protokolls, das lediglich die Echtheit der Unterschrift bezeugte, mit dem materiellen Inhalte der unterschriebenen Urkunde aber keinen Zusammenhang hatte. Danach fällt die Unterschriftsbeglaubigung nicht unter die §§ 16, 17, sondern als bloßes Zeugnis unter § 15, so daß der Konsul auch die Unterschrift eines Ausländers beglaubigen kann und bei der Beglaubigung Zeugenbeizug nicht erforderlich ist.

2. a) OLG. **25** 395 (KG.). Die Ausschließung des preußischen Notars von der Unterschriftsbeglaubigung regelt sich gemäß Art. 84 PrFGG. nach §§ 6—9 FGG., so daß nach § 7 die vom ausgeschlossenen Notar erfolgte Beglaubigung

voll wirksam ist. Ob Mitberechtigung und Mitverpflichtetsein an der Angelegenheit die Ausschließung des Notars bewirkt, läßt das KG. dahingestellt. **b)** Josef, BayNotZ. **14** 209. Die Ausschließung des Notars von der Unterschriftsbeglaubigung regelt sich zufolge der Landesgesetze nach § 6 FGG., dessen Ziff. 1, wie die Nebeneinanderstellung des Beteiligten und des Mitberechtigten oder Mitverpflichteten ergibt, als Beteiligten den ansieht, der an der Angelegenheit materiell interessiert ist. Der Notar ist also von der Unterschriftsbeglaubigung schon ausgeschlossen, wenn er Mitgläubiger oder Mitschuldner des unterschreibenden Beteiligten ist, mag dies Verhältnis auch nach außen nicht hervortreten. Der Notar ist um so mehr im Sinne der Ziff. 1 beteiligt, wenn er selbst inhalts der Urkunde der an der Rechtsangelegenheit materiell Interessierte ist, und ebenso nach Ziff. 2—4 ausgeschlossen, wenn die zu beglaubigende Erklärung seine oder seiner Angehörigen Rechtsangelegenheiten oder die einer Person betrifft, als deren Vertreter er bestellt ist. Ist also der Notar im Vorstand einer juristischen Person, so ist er ausgeschlossen von der Beglaubigung der Erklärungen, die die Mitvorsteher oder Dritte in Angelegenheiten der Gesellschaft abgeben. Denn beteiligt im Sinne der Ziff. 4, also materiell interessiert, ist hier die juristische Person, als deren Vertreter der Notar bestellt ist (JDR. **9** unter 2). **c)** Dagegen Schlegelberger, Anm. 2. (907): Aus dem Inhalte der über der Unterschrift stehenden Erklärung kann ein Ausschließungsgrund nicht entnommen werden. Maßgebend ist, daß die Amtshandlung in der Beglaubigung an sich besteht und diese ausschließlich durch die Unterschrift, auf die sie sich bezieht, gegenständlich bestimmt wird, nicht durch die Erklärung, an die sie sich anschließt. Demgegenüber kommt nicht in Betracht, daß § 6 Ziff. 1 den Mitberechtigten und Mitverpflichteten dem Alleinbeteiligten gleichstellt und diese Gleichstellung für die Ausschließung von der Beglaubigung nur dann von Bedeutung wäre, wenn als „Sache" die materielle Angelegenheit und nicht die Beglaubigung an sich angesehen wird; denn daraus folgt nur, daß § 6 Ziff. 1 in seiner Fassung einem möglichst weitverzweigten Tatbestand angepaßt ist, dagegen nicht auch, daß eine Angelegenheit keine Sache im Sinne dieser Vorschrift ist, weil sich bei ihr eine Mitberechtigung oder Mitverpflichtung nicht begründen läßt. Der Art. 84 PrFGG. ordnet auch nur eine entsprechende Anwendung des § 6 an. Bei dieser Ansicht deckt sich zwar der Beteiligungsbegriff bei der Beurkundung mit dem bei der Beglaubigung; aber daraus, daß im § 183 bzw. im Art. 84 nicht auf § 168 Satz 2, sondern auf § 6 verwiesen ist, folgt nicht, daß das Gesetz eine Begriffsverschiedenheit gewollt hat. Die Verweisung auf die Sondervorschrift des § 168 Satz 2 konnte gerade mit Rücksicht auf die Eigenart der Beglaubigung überflüssig erscheinen (gegen Josef, JDR. **9** 922 unter 2).

3. Schlegelberger, Anm. 9. (911): Die Beglaubigung einer Blankounterschrift ist zulässig (JDR. **7** 1036). Hat aber das Grundbuchamt begründete Zweifel, ob das Blankett von dem Aussteller selbst oder ob es von einem Dritten mit dessen Willen ausgefüllt ist, so kann es die Urkunde als Eintragungsgrundlage zurückweisen, da die Urkunde den nach § 29 GBO. erforderlichen Zuverlässigkeitsnachweis in solchem Falle nicht liefert.

4. a) *Josef, SeuffBl. **13** 561. Es ist die selbstverständliche Pflicht des Rechtspflegebeamten, die Beurkundung von Erklärungen Unbekannter zurückzuweisen; hieraus folgt seine weitere Pflicht, sich über die Persönlichkeit der Beurkundungsbeteiligten zu vergewissern. Eine Ausnahme von diesem Grundsatze gilt nur im Falle des § 176 Abs. 3 Satz 2, wonach unter den dort gedachten Voraussetzungen die Beurkundung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen Unbekannter zu erfolgen hat. Für die Unterschriftsbeglaubigung ist eine solche Ausnahmevorschrift nicht gegeben; folglich gilt für sie der erstgedachte allgemeine Grundsatz, und es ist sonach eine Unterschriftsbeglaubigung unter dem Vorbehalte der Nämlichkeits-

feststellung nach Sinn und Zusammenhang der reichsgesetzlichen Vorschriften unzulässig. Folglich ist der Art. 35 BayNotG., insoweit er die Anwendung des § 176 Abs. 3 Satz 2 für die Unterschriftsbeglaubigung vorschreibt, als dem Reichsgesetze widersprechend unverbindlich. b) Weißler, DNotV. **14** 274. Wenn der Notar den Abs. 3 des § 176 auch nach der Richtung anwenden wollte, daß er angäbe, die beigebrachten Erkennungsmittel hätten nicht ausgereicht, die Partei habe aber dennoch die Beglaubigung der Unterschrift verlangt, so wäre die Beglaubigung wesenlos. Denn sie würde dann bescheinigen, daß eine Person, deren Persönlichkeit nicht festgestellt werden konnte, eine Unterschrift geleistet habe.

Elfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 187. RJA. **13** 28, R. **14** Nr. 1166 (KG.). Kostenfreiheit in Genossenschaftssachen.

§ 189. *Josef, ZBlVormWes. **4** 232 (nicht, wie JDR. **11** unter 4: 23).

§ 194. Dannhausen, DNotV. **13** 374. Die Bestimmung, daß die Vorschriften des ersten Abschnitts sogar für solche nichtgerichtliche Behörden gelten sollen, die nach Landesgesetz für die Angelegenheiten des § 1 zuständig sind, muß um so mehr entsprechend für Notare gelten, die nach Reichsrecht zuständig sind, auch wenn sie nicht Behörden sind (vgl. zu § 2 I 5).

§ 199. 1. KGJ. **43** 9, ZBlFG. **14** 29 Nr. 24 a. Zur Entscheidung über Beschwerden im Falle des § 64 Abs. 2 des Versicherungsvertragsgesetzes ist in Preußen das KG. zuständig.

2. **RG. 84** 158, JW. **14** 525 s. zu § 28 unter 5 (Zuständigkeit des BayObLG. in Vereinssachen).

3. OLG. **28** 332 Anm. 1, ZBlFG. **14** 28 Nr. 13, R. **13** Nr. 1009 (BayObLG.). Das BayObLG. ist auch für Beschwerden gegen Verweigerung der Akteneinsicht durch das Landgericht zuständig (vgl. zu § 19 unter 13).

4. R. **13** Nr. 2475 (BayObLG.) s. zu § 5 unter 2.

§ 200. KGJ. **43** 248. Eine entsprechende Vorschrift besteht nicht für Grundbuchsachen.

Grundbuchordnung.

Vorbemerkung: Die in der Vorbemerkung zu dem vorjährigen Berichte ausgesprochene Vermutung, daß der zwischen dem KG. und dem BayObLG. entstandene Streit über die Eintragungsfähigkeit der Pfändung eines Nacherbenrechts durch das RG. alsbald seine Beilegung erfahren werde, hat sich bewahrheitet; das RG. hat in Übereinstimmung mit dem KG., wenn auch mit anderer Begründung als dieses, die Eintragungsfähigkeit eines solchen Pfandrechts bejaht (§ 52 Ziff. II 2). Auch eine andere, schon seit viel längerer Zeit zwischen dem KG. und dem BayObLG. schwebende Streitfrage, nämlich die Frage, ob der Grundbuchrichter die Eintragung eines Grundstücks auf den Namen des Mannes allein ablehnen muß, wenn er weiß, daß das Grundstück in das Gesamtgut fällt, ist zur Entscheidung des RG. gelangt; das RG. hat im Gegensatze zu dem KG. und im Einklange mit dem BayObLG. die Ablehnung der Eintragung aus einem solchen Grunde als unzulässig bezeichnet (§ 22 Ziff. II 1 bis 3). Gleichzeitig hat das RG die damit zusammenhängende Frage verneint, ob zu der Eintragung eines gütergemeinschaftlichen Grundstücks auf den Namen der Frau deren Zustimmung erforderlich sei (§ 22 Ziff. III 4). Schließlich ist noch auf eine Entscheidung des RG. hinzuweisen, die im Interesse der Vermeidung von Schadensersatzansprüchen gegen den Staat und den Grundbuchrichter zu bedauern ist. Das RG. hat nämlich den in der Rechtslehre und der Praxis vielfach vertretenen Standpunkt gemißbilligt, daß der Grundbuchrichter im Falle der Nichtbeachtung

des § 42 GBO. den Besitzer des Hypothekenbriefs zu dessen nachträglicher Einreichung durch Ordnungsstrafen anhalten darf (Bericht zu § 62). Auch das KG. hat mehrere grundsätzliche Entscheidungen erlassen. Es hat ausgesprochen, daß ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 11 GBO. nur aus dem Privatrecht oder aus wirtschaftlichen Beziehungen, nicht aber aus dem öffentlichen Rechte hergeleitet werden könne (§ 11 Ziff. I 1). Es hat ferner das Nachlaßgericht zur Ausstellung eines Zeugnisses darüber für verpflichtet erklärt, daß die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht eingetreten sei (§ 36 Ziff. III 2). Es hat endlich eine bedeutsame Entscheidung über die Sicherung der Forderung eines Gesamtgläubigers getroffen (§ 48 Ziff. II 3). — Die Rechtslehre hat im Berichtsjahre nichts wesentliches zur Auslegung der grundbuchrechtlichen Fragen beigetragen. Hinzuweisen ist hier etwa nur auf die Aufsätze Josefs und Brauns über die Frage der Rechtskraft von Entscheidungen des Grundbuchrichters (§ 18 Ziff. II 1, 3).

Literatur: Zusammenfassende Erläuterungen der GBO. sind im Berichtsjahr nicht erschienen. Auch sonst sind keine das formelle Grundbuchrecht allein betreffende Neu-Erscheinungen zu verzeichnen. Es ist vielmehr lediglich auf die Literaturnachweise vor § 873 BGB. hinzuweisen.

§ 1. 1. KGJ. **46** 3 (KG.). Für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt nach § 18 Abs. 1 FGG. der Grundsatz, daß das Gericht eine von ihm erlassene Entscheidung zu ändern berechtigt ist, wenn es sie nachträglich für ungerechtfertigt erachtet. Für Grundbuchsachen besteht eine derartige Vorschrift formell nicht, da weder die GBO. eine entsprechende Bedingung enthält, noch das PrFGG. (Art. 1) oder das PrAGGBO. den § 18 FGG. auf die in Preußen durch Landesgesetz den ordentlichen Gerichten übertragenen Grundbuchsachen für anwendbar erklärt. Gleichwohl ist eine entsprechende Anwendung des § 18 auf die Verfügungen des Grundbuchrichters (mit Ausnahme vollzogener Eintragungen) grundsätzlich für zulässig und geboten zu erachten, weil sie der Natur der Grundbuchverfügung gemäß ist (Güthe, GBO. [3] § 1 Anm. 51; vgl. Begr. zu Art. 1 Entw. PrFGG.

2. Burgheim, ZBlFG. **13** 395. Geschäftsverteilung und Parteirechte.

3. *Schultzenstein, BuschsZ. **43** 331, 332, 334. Für die Grundbuchsachen gilt, wie nicht die Verhandlungsmaxime, so auch nicht die Untersuchungsmaxime allgemein, sondern vielfach gar keine Prozeßmaxime.

4. BayNotZ. **14** 106. Grundbuchführung nach Gebietsaustausch.

§ 2. I. Begriff des Grundstücks. **RG. 84** 265, JW. **14** 652. Jeder gegen andere Teile räumlich abgegrenzte Teil der Erdoberfläche, der auf einem besonderen Grundbuchblatte für sich allein oder auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt unter einer besonderen Nummer im Verzeichnisse der Grundstücke gebucht ist, hat im Sinne des Liegenschaftsrechts als ein selbständiges Grundstück zu gelten (**RG. 68** 25, JW. **10** 60 Nr. 1, RJA. **11** 233, KGJ. **37** A 209).

II. Verbindung des Katasters mit dem Grundbuch. 1. ZBlFG. **14** 779 (KG.). Der öffentliche Glaube erstreckt sich zwar nicht auf die im Bestandsverzeichnis enthaltenen Angaben rein tatsächlicher Natur, . . . wohl aber auf diejenigen Katasterangaben, welche das Eigentumsrecht und die sonstigen eingetragenen dinglichen Rechte hinsichtlich des Gegenstandes umgrenzen und feststellen. Zu diesen Angaben gehört die der Parzellennummer. Durch diese Angabe wird, da das Kataster auf einer Kartierung der Grundstücke beruht, die äußere Ausdehnung und Begrenzung der Parzelle bezeichnet (KGJ. **27** A 86, **RG. 73** 125). . . . Die Fortschreibung der bisherigen Parzelle in die neue kleinere Parzelle kann daher, auch wenn der vom Katasteramt angenommene Fall einer Grenzunrichtigkeit in der Katasterkarte und nicht der Fall einer nach Zurückführung des

Grundbuchs auf das Kataster in der Wirklichkeit stattgehabten Veränderung gegeben ist, in das Grundbuch nur übernommen werden, wenn die Hypothekengläubiger einwilligen, oder wenn festgestellt wird, daß sie beim Erwerbe des Rechtes nicht in gutem Glauben gewesen seien. . . . Kann hiernach die Fortschreibung auch zurzeit nicht in das Grundbuch übernommen werden, so hat das Grundbuchamt doch in Erfüllung seiner Aufgabe, das Grundbuch mit dem Kataster möglichst in Übereinstimmung zu halten, von Amts wegen vorzugehen (KGJ. **22** A 144, 146, **30** A 205). Das Grundbuchamt hat demgemäß, wenn es gegen die vom Katasteramte vertretene Annahme einer bloßen Grenzunrichtigkeit in der Katasterkarte keine Bedenken hat, auf eine Einwilligung der betreffenden Hypothekengläubiger in die Berichtigung des Bestandsverzeichnisses im Grundbuche hinzuwirken, und es hat, wenn es derartige Bedenken hat, sich zur Beseitigung der Bedenken mit dem Katasteramt in Verbindung zu setzen.

2. Reiß, Grenzrecht nnd Grenzprozeß 103. Nach dem im § 22 GBO. ausgesprochenen Grundsatze, daß eine nachgewiesene Unrichtigkeit berichtigt werden muß, ist es selbstverständliche Pflicht des Grundbuchrichters, auf Grund des Gutachtens des Katasteramts, daß eine Unrichtigkeit der Katasterkarte vorliege, das Ergebnis der Katasterberichtigung ins Grundbuch zu übernehmen. Das hiergegen von Breme, ZBlFG. **12** 361, geäußerte Bedenken ist nicht stichhaltig. Die Bescheinigung des Katasteramts muß immer als unumstößlicher Nachweis der Unrichtigkeit der Karte gelten, da sie sich nicht, wie Breme meint, in der Hauptsache auf die Zustimmung des Beteiligten stützt, sondern auf die urkundlichen Ermittlungen, für deren Sorgfalt die Ergänzungsvorschriften alle wünschenswerten Bürgschaften bieten. Der Grundbuchrichter kann aber die Übernahme aus zwei verschiedenen, der GBO. und dem BGB. entlehnten Gründen beanstanden. Zunächst verbietet § 22 Abs. 2 GBO. die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Eigentümers dann, wenn nicht die in der Form des § 29 beizubringende Zustimmung des Eigentümers, und zwar des wahren Eigentümers, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll, vorliegt. Auf die Pflicht des Grundbuchrichters, die Abgabe dieser Erklärung dem Eigentümer nahezulegen, deutet § 7 Nr. 2 AV. v. 18. 2. 11 (JMBl. 91) für den Fall, daß es sich um eine ganze Katasterparzelle handelt, ausdrücklich hin mit der Anweisung, der Richter habe die Beteiligten zur Angabe der zur Berichtigung erforderlichen Erklärungen aufzufordern. Daß gleiches auch da gelten muß, wo nur Teile von Parzellen von dem Berichtigungsverfahren ergriffen werden, kann keinem Zweifel unterliegen, obwohl die AV. hierüber nichts Ausdrückliches sagt. Sodann aber kann der Grundbuchrichter Bedenken gegen die Zulässigkeit der Übernahme ins Grundbuch auch dann hegen, wenn ihm auf Grund seiner Kenntnis der Grundakten zweifelhaft ist, ob nicht infolge gutgläubigen oder durch Zuschlag erfolgten Eigentumserwerbes der ursprünglich falsche Grundbuchinhalt zu einem richtigen geworden ist. . . . (106): Die Frage, wie es zu halten sei, wenn das Grundbuchamt sich weigert, die Veränderung der Katasterkarte zu übernehmen, das Katasteramt aber an der Veränderung festhält, ist mit Neumann (Die Verbindung des Grundbuchs mit dem Steuerbuche 62) dahin zu beantworten, daß, wenn die Anrufung der den beiden Behörden vorgesetzten Instanzen nichts hilft, der Zwiespalt unerledigt bleiben muß, da es eine beiden Behörden gemeinsame übergeordnete Gewalt nicht gibt. Das Bestehenbleiben dieses Zwiespalts kann aber den Erfolg, den das Grundbuchamt mit seinem ablehnenden Verhalten bezweckt hat, praktisch nicht in Frage stellen. Denn die alten vom Grundbuchamte weitergeführten Parzellenbezeichnungen bleiben auch auf der Katasterkarte, wenngleich rot durchstrichen, stehen, so daß die Katasterkarte auch wider den Willen des Katasteramts dem unveränderten Inhalte des Grundbuchs nutzbar bleibt und die Maßgeblichkeit der alten Eigentumsangaben unterstützt.

3. Breme, ZBlFG. **14** 778. Die PrAllgVf. vom 18. Februar 1911 ist nicht dahin zu verstehen, daß die Fortschreibung mit kartenmäßiger Grenzberichtigung in das Grundbuch übernommen werden dürfe und müsse ohne Beachtung der sonst in Frage kommenden formellen Voraussetzungen des BGB. und der GBO. Eine derartige Berichtigung stellt sich als eine Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 22 GBO. dar, und zwar folgerichtig, soweit das vergrößerte Grundstück in Frage kommt, als Berichtigung durch Eintragung des richtigen Eigentümers (nämlich des durch die frühere falsche und jetzige richtige Grenze gebildeten Splißteils). Die entgegengesetzte Auffassung, daß sich der gute Glaube nicht auf die Grenze beziehe und daß die Katasterkarte nur „annähernd ein Bild der Wirklichkeit" wiedergebe, läßt sich auch wohl nicht aufrecht erhalten. Es genügt ein Hinweis auf die klaren Ausführungen in **RG. 73** 125.

4. Schmitt, BayNotZ. **15** 337. Die Eintragung von Messungen in das Grundbuch.

5. WürttZ. **14** 113 (LG. Tübingen). Parzellenverwechselung.

III. Doppelbuchung. Reiß, Grenzrecht und Grenzprozeß 74. In Fällen der Doppelbuchung ist davon auszugehen, daß „das Grundbuch" eine einheitliche, sämtliche Blätter umfassende Einrichtung ist, und hieraus die Folgerung zu ziehen, daß Widersprüche zwischen den Eintragungen auf verschiedenen Blättern einen Widerspruch des Grundbuchs in sich selbst begründen. Es hat alsdann keine der beiden Eintragungen die Vermutung der Richtigkeit mehr für sich, und damit ist die Wirksamkeit des § 891 außer Kraft gesetzt.

§ 3. I. Buchung von Wassergrundstücken. 1. Ricks, DNotV. **14** 663. An sich kann für den „Bestandteil" eines Grundstücks kein besonderes Blatt angelegt werden. Denn zu dem „Grundstücke" des § 3 GBO., das im Grundbuch „ein" Grundbuchblatt erhält, gehören begrifflich auch seine Bestandteile. Der Eigentümer eines unbelasteten Ufergrundstücks kann indeß zum Zwecke der besonderen Verwertung in diesem Falle auch ohne besondere Begründung den gesetzlichen Bestandteil seines Hauptgrundstücks, nämlich seinen Wasserlaufanteil, ohne besondere Form auf einem besonderen Blatte eintragen lassen und selbständig machen. Dies kann aber nicht für den Fall des Vorliegens eines belasteten Ufergrundstücks zugegeben werden. Ein Grundstückseigentümer hat nicht das Recht schlechthin, ohne Not soviele Grundbuchblätter für einzelne Grundstücke zu verlangen als er will. Er muß vielmehr einen vernünftigen wirtschaftlichen oder rechtlichen Grund dafür angeben, wenn das Grundbuchamt im gegebenen Falle es verlangt. Denn ein Mißbrauch des Rechtes, Grundbuchblätter für viele einzelne Trennstücke zu erhalten, brächte dem Grundbuchamt eine unnötige Vermehrung der Grundbücher und Akten sowie unnötige Arbeit.

2. **RG.** R. **14** 174. Die Möglichkeit des Erwerbes von Privateigentum, sei es nun durch Privileg des Landesherrn oder durch unvordenkliche Verjährung, ist, obwohl es sich um Meeresstrand handelt, für das Kloster P. nicht in Abrede zu stellen (vgl. **RG.** SeuffA. **55** 387). Was aber die Aufschüttungen anlangt, so kann das von der Beklagten herangezogene gemeinrechtliche Alluvionsrecht schon deshalb nicht geltend gemacht werden, weil dieses nur auf Anlandungen durch fließendes Wasser, nicht auf stehende Gewässer und noch weniger auf das Meer sich bezieht.

3. SchlHolstAnz. **14** 298 (KG.). Die im gemeinen Eigentume des Staates stehenden öffentlichen Flüsse sind auch im Gebiete des Gemeinen Rechtes nicht buchungsfähig. . . . Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß nach der Rechtsprechung des RG. ausnahmsweise auch schiffbare öffentliche Flüsse, soweit das Flußbett in Betracht kommt, im Privateigentume stehen können, mag dieser Rechtszustand auf ein Privileg aus einem älteren Abschnitte der Rechts-

entwicklung (SeuffA. **62** Nr. 222, WarnE. **08/09** 500, **RG. 80** 369), auf Provinzial- oder Lokalrecht oder auf einen sonstigen Rechtsgrund zurückzuführen sein.

4. Traub, WürttZ. **14** 196. Flußregulierungen und Grundbuch.

II. Buchung von Wegegrundstücken. 1. Kraft, GruchotsBeitr. **58** 101 (120): Die französische Rechtsauffassung lehnt ein zivilrechtliches Eigentum oder sonstiges Recht am öffentlichen Wege ab, läßt es vielmehr durch die Einräumung einer auf staatshoheitlicher Grundlage beruhenden, von der öffentlichen Autorität entweder unmittelbar oder durch die Selbstverwaltungskörper mittelbar im Namen und Interesse der Gesamtheit ausgeübten Dispositionsgewalt des Staates absorbiert werden. Sie sieht das öffentliche Eigentum am Wege — wie überhaupt das öffentliche Eigentum, domaine public, im Gegensatze zum fiskalischen Eigentum — als Ausfluß der Staatshoheit an. Eine Einschränkung des öffentlichen Eigentums durch Privatverträge oder Privatrechte ist begrifflich unmöglich, wie denn überhaupt die Wegeverwaltung, von den Normen des Privatrechts losgelöst, nach den für die öffentlichen Sachen geltenden besonderen Regeln des öffentlichen Rechtes erfolgt. Die öffentlichen Sachen sind unveräußerlich und unersitzbar. Der Erwerb von Servituten zugunsten der anliegenden Grundstücke — z. B. des Rechtes, künstliche Zuflüsse oder Wirtschaftswässer einzuführen, Durchlässe oder Keller unterhalb des Straßenkörpers zu halten, Balkone oder Erker in die Luftsäule oberhalb der Straße hineinragen zu lassen, Gerüste, Buden, Tische, Stühle auf die Straße zu stellen, Material dort zu lagern, Wagen stehen zu lassen, Übergänge über die Wegegräben anzulegen —, ist ausgeschlossen. Alle solche Rechte können vielmehr nur auf jederzeitigen Widerruf eingeräumt werden. Durch diese Begriffskonsequenzen wird indes ein auf Vertragsverletzung beruhender Schadensersatzanspruch — z. B. des Unternehmers, dem auf Grund des begrifflich notwendigen Widerrufsrechts eine Konzession vor dem vertraglichen Termin entzogen wird — nicht berührt. Im scharfen Gegensatze zur französischen Auffassung erkennt sowohl das ALR. wie das gemeine Recht ein wahres, zivilrechtliches Eigentum — sei es des Staates oder der Kommune oder Privater — an öffentlichen Wegen an, mit der Maßgabe allerdings, daß das Eigentum durch die Zweckbestimmung des öffentlichen Weges beschränkt ist. Nach beiden Rechten besteht die Möglichkeit, auch an öffentlichen Wegen Rechte aller Art zu erwerben und im ordentlichen Rechtswege zu verfolgen, Rechte, die allerdings, solange und soweit der Gemeingebrauch entgegensteht, zurücktreten müssen. Andererseits ist der Eigentümer oder in anderer Weise am Wege dinglich Berechtigte auch befugt, alle Beschränkungen seines Rechtes, die nicht durch den Gemeingebrauch bedingt sind, abzuwehren. . . . (122): Ursprünglich betonte die gemeinrechtliche Auffassung die privatrechtliche und privatwirtschaftliche Seite des Wegeeigentums besonders stark. Im Gegensatze dazu stand die deutsch-rechtliche Auffassung, wonach der Staat kraft der ihm als Ausfluß seines Hoheitsrechts zustehenden Wege- oder Straßenregals — jus viarum regium sublime — und der darin neben dem Rechte der Nutzung der Wegegelder, naturalia usw. enthaltenen Oberherrschaft die öffentliche Zweckbestimmung des öffentlichen Weges regelt und schützt, durch seine Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Polizei. Von dieser deutsch-rechtlichen Auffassung, die in der Erkenntnis wurzelte, daß der öffentlichen Straße vermöge ihrer über die privatwirtschaftliche Nutzung hinausgehenden Bedeutung ein erhöhter staatlicher Schutz zukomme, ist die gemeinrechtliche Auffassung nicht ganz unberührt geblieben. . . . (123): Auf der anderen Seite hat im Laufe der Zeit auch die französisch-rechtliche Auffassung an strenger und einseitiger Betonung des öffentlichen Interesses eingebüßt. Schon in der älteren französischen Literatur und Praxis sind Ausnahmen von dem starren Prinzipe zugelassen, so daß jetzt z. B. öffentliche Wege unter

Wahrung ihrer öffentlichen Qualität veräußert und von dem Unterhaltspflichtigen durch Ersitzung erworben werden können; eine Ersitzung durch den Wegeanlieger dagegen — sei es der Wegefläche selbst, sei es eines Rechtes auf die Straße, z. B. Wasserleitungen darauf oder darüber zu führen — ist nach wie vor ausgeschlossen.

2. Breme, DNotV. **14** 561 (571). Die Interessentenwege aus Gemeinheitsteilungen und Verkoppelungen und die alten Realgemeinde- oder Markenwege weisen durchweg die gleichen privatrechtlichen nach Artt. 113 u. 164 EGBGB. aufrechterhaltenen Rechtsverhältnisse auf, insbesondere daß sie im Miteigentume der gesamten Eigentümer der „nutzbaren Mark" stehen und daß dieses Miteigentum, mag man es als Gesamthandseigentum oder als Bruchteilsmiteigentum ansehen, im wesentlichen deutschrechtlicher Natur ist, daß es aber ein reines Privateigentum ist, das — soweit nicht die Zweckbestimmung der Anlage entgegensteht — der freien Verfügung der Berechtigten unterliegt (vgl. Mot. z. G. vom 2. April 1887 S. 13). Wesentlich verschieden von diesen — nennen wir sie „echten" — Interessentenwegen sind aber eine Reihe weiterer Rechtsgebilde, die im Verkehre durchweg auch als „Interessentenwege" bezeichnet werden. Diese „unechten" Interessentenwege haben ihre Bezeichnung nur daher, daß einerseits nicht ein einzelner, sondern eine Mehrheit von Personen zur Benutzung befugt ist, daß andererseits nicht jedermann, sondern nur jeder Interessent zur Benutzung des gemeinschaftlichen Weges befugt ist. Je nach Entstehung und Zweck handelt es sich hier um völlig verschiedenartige Rechtsverhältnisse.

III. Kreß, BayNotZ. **15** 322. Fideikommißmatrikel und Grundbuch.

§ 5. 1. R. **14** Nr. 972 (KG.). Bei der Entscheidung der Frage, ob von einer beantragten Zuschreibung Verwirrung im Sinne des § 5 GBO. zu besorgen sei, sind nicht nur die gegenwärtigen Belastungen der in Frage kommenden Grundstücke und die unmittelbaren Folgen der Zuschreibung zu berücksichtigen, sondern auch sonstige Folgen der Zuschreibung, die sich aus Anträgen ergeben, die in Verbindung mit dem Zuschreibungsantrage gestellt sind.

2. ElsLothNotZ. **14** 33 (Kolmar). Die Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Grundstück ist zulässig, wenn das zu vereinigende Grundstück bisher unbelastet war, aber die nach der Eintragung auf dieses Grundstück einzutragenden Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden auch dem Range nach vollkommen identisch sind mit den Belastungen des schon früher im Grundbuch eingetragenen Grundstücks, da der Umstand, daß die Belastung des zu vereinigenden Grundstücks später als die des ursprünglich eingetragenen erfolgt, der Vereinigung nicht im Wege steht.

3. R. **14** Nr. 973 (KG.). Wenn im § 4 PrG. vom 8. Juni 1896 die Zuschreibung eines Grundstücks als Zubehör ohne weiteres als zulässig erklärt wird, so wird damit nur bezweckt, zu dieser Zuschreibung den Antrag des Eigentümers für ausreichend zu erklären und die Erlangung der Anerbeneigenschaft als Folge der Zuschreibung klarzustellen, dagegen wird durch § 4 die Anwendbarkeit der Ordnungsvorschrift des § 5 GBO. nicht ausgeschlossen (ebenso Predari 602, 603; aM. Turnau-Förster [3] II 750).

§ 11. I. Das berechtigte Interesse. 1. KGJ. **45** 198, OLG. **29** 391, RJA. **13** 143 (KG.). Ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 11 GBO. kann aus dem Privatrecht oder wirtschaftlichen Beziehungen, dagegen nicht aus dem öffentlichen Rechte hergeleitet werden. ... Die GBO. als ein Ergänzungsgesetz zu dem materiellen Liegenschaftsrechte des BGB. ist wie dieses nur für das Privatrechtsgebiet bestimmt. Sie hat in das in den deutschen Einzelstaaten geltende oder zu erlassende öffentliche Recht auch hinsichtlich der Bekanntgabe des Grundbuchinhalts nicht eingreifen wollen und nicht eingegriffen (KGJ. **23** A 216 in Übereinst. mit KGJ. **4** 112). Wenn daher nach

preußischem öffentlichen Rechte ein Recht auf Grundbucheinsicht zugunsten von Privatpersonen überhaupt gegeben wäre, würde es jedenfalls nicht mit den Rechtsmitteln der GBO., sondern nur im Aufsichtswege verfolgt werden können (KGJ. **23** A 213). Kann ein auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhendes Interesse im allgemeinen nicht als ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 11 GBO. angesehen werden, so mag vielleicht in besonderen Fällen, wenn ein öffentliches Recht vorwiegend wirtschaftlichen Charakter hat, wie etwa ein Konzessionsrecht, eine unmittelbare oder analoge Anwendung des § 11 GBO. geboten und zulässig erscheinen.

2. BayNotZ. **15** 350 (LG. München II). Ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 11 GBO. ist als gegeben anzunehmen, wenn der Gesuchsteller die Erwirkung eines Zahlungsbefehls gegen den Eigentümer nachweist.

II. Erteilung von Auskunft. **RG.** JW. **14** 151. § 11 GBO. gewährt den Beteiligten nur das Recht der Einsicht des Grundbuchs und der Erteilung von Abschriften. Eine Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften aus dem Grundbuche Privatpersonen gegenüber besteht nicht. Der Grundbuchrichter ist daher in der Lage, dem Kläger die verlangte Auskunft zu verweigern. S. dazu den Bericht zu § 12 Ziff. I 5.

III. Nichtanwendbarkeit des § 28 GBO. KGJ. **45** 198, OLG. **29** 391, RJA. **13** 143 (KG.). Der § 28 GBO. ist auf das Gesuch um Gestattung der Grundbucheinsicht auch nicht entsprechend anwendbar. Die erforderliche deutliche Bezeichnung der Grundstücke, deren Grundbuchblätter offengelegt werden sollen, kann, wenn sich das Interesse des Antragstellers auf die sämtlichen für eine Person im Grundbuche des angegangenen Grundbuchamts eingetragenen Grundstücke erstreckt, auch durch die Bezeichnung dieser Person erfolgen.

IV. OLG. **29** 392 (Braunschweig). In den Fällen des § 11 GBO. ist die Beschwerde für einen anderen als den Antragsteller überhaupt ausgeschlossen (aA. anscheinend Turnau-Förster, GBO. § 11 Anm. A II 9). Der § 11 bezweckt das Verhältnis zu ordnen zwischen dem Staate, der infolge des Buchungszwanges in Gestalt des Grundbuchs und der darauf bezüglichen Urkunden den urkundlichen Nachweis über die Rechtsverhältnisse der eingetragenen Grundstücke besitzt, und den Einzelpersonen, die von dem Inhalte jener Urkunden Kenntnis zu nehmen wünschen. Er bestimmt die entsprechende Berechtigung solcher Personen gegenüber dem Staate oder den Staatsbehörden. In dem Verfahren, in welchem die Einzelperson jene Berechtigung mittels eines Antrags auf Gestattung der Einsicht oder auf Erteilung einer Abschrift geltend macht, stehen nur Antragsteller und Behörde einander gegenüber.

§ 12. I. Der Begriff der Fahrlässigkeit. 1. OLG. **29** 395 (Braunschweig). Der vom Beklagten aufgestellte Grundsatz, daß der Grundbuchrichter ebenso wie der Spruchrichter, fußend auf der Freiheit seiner gewissenhaften richterlichen Überzeugung, weder an die in der Rechtslehre herrschende Meinung noch an die Entscheidungen selbst des höchsten Gerichtshofs gebunden sei, ist in dieser Allgemeinheit unrichtig. Während der Grundbuchrichter für jede Fahrlässigkeit haftet (§ 839 Abs. 1 BGB.), ist die Haftung des Spruchrichters, d. h. des Beamten, der bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht verletzt, im § 839 Abs. 2 Satz 1 sehr erheblich eingeschränkt. Wie die Haftung des Grundbuchrichters für die Verletzung der Amtspflicht eine strengere ist als die des Spruchrichters, so steht jener auch in seiner Amtsübung nicht ebenso frei wie dieser. Der urteilende Richter hat den ihm vorgelegten Rechtsstreit nach gewissenhafter Prüfung der Rechtslage lediglich nach seiner eigenen Überzeugung zu entscheiden. Der Grundbuchrichter muß sich dagegen vor Augen halten, daß über die Rechtsgültigkeit seiner

Verfügungen im Streitfalle nicht er, sondern der Prozeßrichter zu entscheiden hat. Er darf deshalb in der Regel seine persönliche Rechtsansicht, wenn sie im Widerspruche mit der feststehenden Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe steht, seinen Verfügungen nicht zugrunde legen, da er sonst die ihm anvertrauten Interessen der Beteiligten erheblich gefährden würde (**RG. 59** 388, **60** 395, JW. **09** 11).

2. **RG. 84** 265, JW. **14** 652. Es ist Pflicht des Grundbuchrichters, einen Eintragungsantrag, selbst wenn gegen die Eintragung ein Hindernis besteht, das von vornherein die Zurückweisung des Antrags rechtfertigt, doch noch auf das etwaige Bestehen weiterer Hindernisse zu prüfen und demnächst in der zurückweisenden Verfügung dem Antragsteller sämtliche Beanstandungsgründe, die sich ergeben haben, mitzuteilen, wenigstens dann, wenn die Hindernisse solche sind, die behoben werden können. Der Antragsteller darf nicht in die Lage versetzt werden, daß, nachdem er das eine Hindernis beseitigt hat, sein erneuter Antrag nunmehr aus einem anderen Grunde, der ihm zuvor nicht bekannt gegeben worden ist, abgelehnt und so die von ihm begehrte Eintragung weiter verzögert wird. Namentlich muß dies gelten, wenn es sich um einen der eiligen Erledigung bedürfenden Antrag auf Eintragung von Zwangshypotheken handelt.

3. S. dazu du Chesne, DNotV. **14** 722. Dem, was das RG. sagt (oben Nr. 2), kann man für das Gebiet der Zwischenverfügung beitreten. Soweit dagegen die Zurückweisung eines Antrags gerechtfertigt erscheint, hat der Grundbuchrichter nur das zu prüfen, was für die von ihm zu erlassende Entscheidung über den ihm vorliegenden Antrag von Erheblichkeit ist. Die Prüfung der Voraussetzungen für künftig mögliche Entscheidungen kann er ruhig demjenigen überlassen, dem ein erneuter, auf eine gleiche Eintragung gerichteter Antrag zur Entschließung unterbreitet werden wird.

4. **RG. 84** 265, JW. **14** 652. Der Berufungsrichter führt aus: Aus der Natur der Sache ergebe sich, daß Anträge auf Eintragung von Zwangshypotheken als Eilsachen zu behandeln seien, wie alle Zwangsvollstreckungssachen. Sie würden auch, wie gerichtsbekannt, in der gerichtlichen Praxis ganz allgemein als Eilsachen behandelt. .... Hierin ist eine Gesetzesverletzung nicht zu finden.

5. **RG.** JW. **14** 151, WarnE. **14** 113. Erklärt sich der Grundbuchrichter zur Erteilung einer Auskunft bereit, so hat der Antragsteller einen Anspruch darauf, daß ihm eine richtige Auskunft erteilt wird und der Grundbuchrichter macht sich, wie das RG. schon wiederholt entschieden hat, einer Verletzung der Amtspflicht schuldig, wenn er fahrlässig dabei handelte und eine unrichtige Auskunft erteilte (vgl. ZBlFG. **13** 29; auch **RG. 68** 282, GruchotsBeitr. **46** 935, JW. **05** 222).

6. PosMSchr. **13** 148 (Posen). Eine Fahrlässigkeit des Grundbuchrichters liegt vor, wenn er auf das Eintragungsgesuch des Arrestgläubigers eine Zwischenverfügung erläßt, ohne die schützende Vormerkung aus § 18 Abs. 2 GBO. einzutragen. Der ursächliche Zusammenhang zwischen diesem Versehen und dem Schaden des Arrestgläubigers wird aber aufgehoben, wenn dieser den Arrestbefehl nicht nachträglich rechtzeitig zustellt.

II. Mitwirkendes Verschulden des Geschädigten. **RG.** WarnE. **14** 167. Der Notar hat die ihm kraft seines Amtes obliegenden Pflichten in eigener Person zu erfüllen. Zu diesen Pflichten aber gehört, daß er bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts sich vergewissert, daß der Inhalt der Urkunde dem wahren Willen des Erklärenden entspricht, daß dieser sich der Bedeutung der beurkundeten Erklärung voll bewußt ist. Diese Überzeugung muß der Notar sich persönlich verschaffen. Wenn er auch zur Vorbereitung der Verhandlung sich seiner Gehilfen bedienen darf, so bleibt er doch verpflichtet, per-

persönlich festzustellen, daß die Erkundung des Willens der Erschienenen und ihre erforderliche Belehrung durch seine Gehilfen in sachgemäßer und erschöpfender Weise erfolgt ist. Nur ausnahmsweise, bei einfacher Sachlage oder wenn die Erklärenden rechts- und geschäftskundige Personen sind, wird hierzu die einfache Verlesung der von dem Bureaugehilfen entworfenen Urkunde genügen.... Ein bewußtes Zuwiderhandeln des Beamten gegen die ihm Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht genügt, um seine unmittelbare, nicht bloß hilfsweise Verantwortung zu begründen. Es ist hierzu nicht etwa erforderlich das Bewußtsein, daß durch diese Pflichtverletzung ein Schaden für den Dritten entstehen könne. Es ist auch eine unabweisbare Forderung, daß der zum persönlichen Handeln verpflichtete Beamte unbeschränkt für allen Schaden einstehen muß, der dadurch entsteht, daß er anderen zu tun überläßt, was er selbst zu tun verpflichtet war. Der Notar, der sich zur Erfüllung der ihm obliegenden Amtpflicht eines Gehilfen bedient, tut dies auf seine Gefahr und Verantwortung, ohne den Verletzten auf die Möglichkeit eines anderweiten Ersatzes verweisen zu können.... Wenn die Kläger nicht mit der gebotenen Aufmerksamkeit der Verlesung der Protokolle zugehört haben sollten, so ist ihr Verschulden gegenüber dem des Beklagten jedenfalls ein so geringes, daß diesem die volle Haftung für den entstandenen Schaden auferlegt werden muß. Denn der Beklagte hat arglistig gehandelt und gegen die guten Sitten verstoßen und gegenüber einem solchen Verhalten wird die Anwendung des § 254 BGB. regelmäßig dazu führen, daß der Verletzte, dem nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, voll zu entschädigen ist (vgl. **RG. 69** 281 und JW. **11** 91). Im Verhältnisse zu dem beklagten Notar aber ist entscheidend, daß der die Amtstätigkeit des Notars in Anspruch Nehmende dem Notar das Vertrauen entgegenzubringen pflegt und entgegenbringen darf, daß dieser mit aller Sorgfalt verfahren und seine Interessen nach Pflichten und Kräften wahren werde, und daß insbesondere der in Rechtsgeschäften Ungewandte dem Verlesen eines notariellen Protokolls vielfach nicht die erforderliche Aufmerksamkeit schenkt, weil er dem Vorlesen doch nicht vollständig folgen zu können meint und er der Überzeugung ist, daß alles geordnet sei, wie es seinen Wünschen und seinen Interessen entspricht.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

§§ 13 ff. I. Zulässigkeit der Eintragung. 1. **RG. 84** 265, JW. **14** 652. Wird auf Grund eines Schuldtitels für eine den Betrag von 300 M. übersteigende Forderung deren Eintragung beantragt, so sind die Voraussetzungen des § 866 Abs. 3 ZPO. auch dann gegeben, wenn die Eintragung auf mehrere Grundstücke des Schuldners begehrt wird. Denn die Forderung übersteigt den Betrag von 300 M. und gründet sich auf einen einzigen Schuldtitel. Diese Zulässigkeit der Eintragung nach § 866 Abs. 3 ZPO. kann nicht dadurch beseitigt werden, daß der Gläubiger die Forderung gemäß § 867 Abs. 2 ZPO. auf die einzelnen Grundstücke verteilt. Daß durch Aufnahme des § 866 Abs. 3 die Verteilungsbestimmung im § 867 Abs. 2 weiter dahin verschärft wäre, daß, wenn bei der Verteilung auf die mehreren Grundstücke einzelne Forderungsteile nicht den Betrag von 300 M. übersteigen, der Gläubiger von einer solchen Verteilung Abstand nehmen müßte und nur auf ein oder einige Grundstücke, die möglicherweise nicht genügende Sicherheit bieten würden, die Forderung eintragen lassen dürfte, ergibt sich aus dem Gesetze nicht. Allerdings bestehen nach Eintragung der Forderung gemäß der Verteilung nur Einzelhypotheken in Höhe der einzelnen Forderungsteile (vgl. KGJ. **40** A 312). Aber die Eintragung der Forderungsteile erfolgt doch durch einen einheitlichen Zwangsvollstreckungsakt, der die hypothekarische Sicherung einer den Betrag von 300 M. übersteigenden Forderung auf Grund ein und desselben

vollstreckbaren Schuldtitels zum Gegenstande hat. Eine Bestätigung der Richtigkeit dieser Auffassung ist übrigens auch daraus zu entnehmen, daß im § 867 Abs. 2 von der Hypothek, die auf mehrere Grundstücke eingetragen werden soll, gesprochen wird. Danach steht es der Verteilung der Forderung gemäß § 867 Abs. 2 nicht entgegen, wenn von der den Betrag von 300 M. übersteigenden Forderung auf einzelne Grundstücke ein Forderungsteil entfällt, der den Betrag von 300 M. nicht übersteigt (vgl. OLG. **3** 201, **5** 331).

2. **RG. 84** 265, JW. **14** 652. Als Schuldtitel für die Zwangsvollstreckung gegen ein Genossenschaftsmitglied wegen eines rückständigen Beitrags hat der dem Mitgliede zugestellte Auszug aus der die Festsetzung des Beitrags enthaltenden Heberolle zu gelten (KGJ. **39** A 258, 261, **41** 255). . . . Beitragsforderungen dürfen jedoch, soweit sie verjährt gewesen wären, nicht zur Eintragung im Wege der Zwangsvollstreckung gestellt werden. . . . Die Zusammenrechnung der Beträge der mehreren Schuldtitel in dem Eintragungsantrag und in den diesem Antrage zugrunde liegenden Zusammenstellungen bewirkt die Zulässigkeit der Eintragung der zuletzt genannten Forderungen nicht. Zwar ist im § 866 Abs. 3 die entsprechende Anwendung des § 5 ZPO. vorgeschrieben, wonach mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche zusammengerechnet werden. Diese Anwendung führt jedoch lediglich dazu, daß mehrere in demselben Schuldtitel vereinigte Forderungen zusammenzurechnen sind und daher, falls der Gesamtbetrag der Forderung 300 M. übersteigt, die Eintragung der Innungshypothek auch dann zulässig ist, wenn einzelne Forderungen für sich diesen Betrag nicht erreichen. Dagegen ist aus der Verweisung auf § 5 nicht zu entnehmen, daß die Zusammenrechnung mehrerer durch verschiedene Schuldtitel vollstreckbar gewordener, in einem Eintragungsantrage verbundener Forderungen mit der genannten Wirkung zugelassen ist (**RG. 48** 242).

3. KGJ. **45** 227 (KG.). Das Verbot, das Rentengut ohne die Zustimmung der Rentengutsausgeberin zu veräußern, in Pacht, zum Nießbrauch oder sonst in Nutzung zu geben, kann, wie es keine Beschränkung der Zerteilung oder der Abveräußerung von Teilen im Sinne des § 3 RentengutsG. (§ 5 AnsiedelungsG.) ist, auch nicht als eine Verpflichtung zur Sicherung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Renteguts im Sinne des § 4 RentengutsG. (§ 6 AnsiedelungsG.) aufgefaßt werden. Die genannte Auffassung ist um deswillen abzulehnen, weil die wirtschaftliche Selbständigkeit des Grundstücks als solchen durch einen Eigentumswechsel und durch die Rechtsverhältnisse der Pacht, des Nießbrauchs oder der sonstigen Nutzung selbst dann nicht beeinträchtigt wird, wenn das Grundstück dadurch dauernd oder vorübergehend in die Hände einer Person gelangt, die bereits ein anderes Grundstück besitzt. Es ist allerdings denkbar, daß es in einem solchen Falle dem Besitzer des anderen Grundstücks vorteilhaft erscheint, das Rentengut in anderer Weise zu benutzen, als es dessen bisheriger Bestimmung entspricht, und weder den baulichen Zustand der auf dem Rentengut errichteten Gebäude noch das etwa darauf befindliche tote oder lebende Inventar zu erhalten. Gegen eine derartige Gefährdung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Renteguts aber kann, unabhängig von der Beschränkung des Eigentumswechsels und der angegebenen Rechtsverhältnisse, durch die Auferlegung einer dem § 4 RentengutsG. (§ 6 AnsiedelungsG.) entsprechenden dinglichen Verpflichtung Vorsorge getroffen werden.

4. KGJ. **45** 220 (KG.). Im § 5 AnsiedelungsG. und dem damit übereinstimmenden § 3 RentengutsG. sind vertragsmäßige Verfügungsbeschränkungen vorgesehen, nämlich die, daß die Zulässigkeit einer Zerteilung des Renteguts und der Abveräußerung von Teilen des Gutes von der Zustimmung des Rentenberechtigten abhängig gemacht werden kann. Ferner ist

im § 6 des ersten und § 4 des zweiten G. vorgesehen, daß dem Erwerber des Rentenguts vertragsmäßig die Pflicht auferlegt werden kann, die wirtschaftliche Selbständigkeit der übernommenen Stelle durch Erhaltung des baulichen Zustandes darauf befindlicher oder darauf zu errichtender Gebäude, durch Erhaltung eines bestimmten landwirtschaftlichen Inventars auf der Stelle oder durch andere Leistungen dauernd zu sichern. Nach der erkennbaren Absicht der beiden Gesetze sollten diese Leistungen und jene Verfügungsbeschränkungen in gleicher Weise dem Zwecke dauernder Sicherung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Stelle dienen. Sie sollten deshalb nicht bloß dem ersten Erwerber, sondern auch seinen Gesamt- und Sonderrechtsnachfolgern im Eigentume des Grundstücks auferlegt werden können. Die Möglichkeit, diese gesetzgeberische Absicht durch Eintragung in das Grundbuch durchzuführen, folgte für das frühere Recht aus §§ 15, 19 I. 4 PrALR., §§ 11, 12 PrEigErwG. vom 5. Mai 1872. Diese Vorschriften sind allerdings, wenn nicht schon durch Art. 55 EGBGB. auch für Rentengüter außer Kraft gesetzt, so jedenfalls durch Art. 89 Nr. 1 b Nr. 28 PrAGBGB. aufgehoben. Der allgemeine Rechtszustand zur Zeit der Erlassung der Sondergesetze kann jedoch bei der Auslegung dieser Gesetze verwertet werden. Daraus, daß die Verfügungsbeschränkungen und die Verpflichtung zu gewissen Leistungen in §§ 5, 6 AnsiedelungsG. und in §§ 3, 4 RentengutsG. im Interesse der Erhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Rentenguts offenbar als Lasten mit dinglicher Wirkung gemeint waren, kann also unter Berücksichtigung des damaligen allgemeinen Rechtszustandes auf die dingliche Natur dieser Lasten geschlossen werden. Die Lasten sind mithin in den Sondergesetzen als dinglich anerkannt und deshalb noch jetzt eintragungsfähig. Was in dieser Hinsicht in KGJ. **39** A 205 (gegen KGJ. **26** A 118) mit Bezug auf die im § 6 AnsiedelungsG. und § 4 RentengutsG. bezeichneten Verpflichtungen unter näherer Begründung ausgeführt ist, hat für die im § 5 AnsiedelungsG. bezeichneten Verfügungsbeschränkungen dieselbe Geltung.

5. KGJ. **45** 215 (KG.). Während die in §§ 5, 6 PrAnsiedelungsG. vom 26. April 1886 und in §§ 3, 4 PrRentengutsG. vom 27. Juni 1890 bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen noch jetzt in das Grundbuch über ein Rentengut eingetragen werden können, ist die vertragsmäßige Beschränkung, das *Rentengut als Ganzes* ohne die Zustimmung des Rentengutsausgebers zu veräußern oder in Pacht, zum Nießbrauch oder sonst zur Nutznießung zu geben, *nicht mehr eintragungsfähig*.

6. BayObLG. **15** 89, ZBlFG. **15** 25 (BayObLG.). Die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung, wonach der Erwerber eines Grundstücks sich verpflichtete, in dem darauf errichteten oder zu errichtenden Gebäude *ein bestimmtes Gewerbe nicht auszuüben* oder ausüben zu lassen, war unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekengesetzes zulässig und zum Schutze vor den Folgen der Öffentlichkeit des Hypothekenbuchs notwendig. Solche Verfügungsbeschränkungen sind auch unter der Herrschaft des BGB. wirksam geblieben. Nach dem PrALR. konnte die Beschränkung des Eigentümers im Gebrauche seiner Sache sowohl zugunsten einer bestimmten Person, und zwar entweder zugunsten der Person des Erwerbers oder als ein veräußerliches und vererbliches Recht begründet werden. Die vor der Anlegung des Grundbuchs erfolgte Eintragung einer Verfügungsbeschränkung ist nicht deshalb unwirksam, weil ihr Wortlaut nicht erkennen läßt, ob die Beschränkung einer bestimmten Person oder Sache zusteht, sondern es ist zulässig, die Bedeutung der Eintragung aus dem Inhalte der das Recht begründenden Urkunden und, wenn notwendig, aus sonstigen Beweismitteln zu ergänzen. Der Antrag des Eigentümers auf Löschung einer solchen Verfügungsbeschränkung, weil sie infolge Ablebens des Erwerbers der Beschränkung erloschen sei, ist abzulehnen, wenn die Möglichkeit besteht, daß die Löschung die Rechte dritter Personen beeinträchtigt.

7. BayNotZ. **15** 154 (LG. Frankenthal). Die *Eintragung des Tei-*

lungsverbots des § 2044 BGB. in das Grundbuch ist, wie sich aus dem im § 2044 BGB. getroffenen Hinweis auf § 1010 Abs. 1 BGB. ergibt, nur dann möglich, wenn das Teilungsverbot als Belastung der Anteile der Miteigentümer des betreffenden Grundstücks in das Grundbuch eingetragen werden soll. Eine Belastung der Anteile der Miteigentümer, d. i. hier der Erben, an der Liegenschaft wäre aber nur dann möglich, wenn die Erben zuvor ihr Gesamthandseigentum in Miteigentum nach Bruchteilen verwandeln würden.

8. KGJ. **46** 181 (KG.). Die Eintragung der in Erbengemeinschaft stehenden Miterben als Eigentümer von Grundstücken hat das KG. in ständiger Rechtsprechung für zulässig erklärt. Die Eigentumseintragung hat aber in diesen Fällen nicht die Bedeutung, daß dem einzelnen Miterben ein bestimmter Anteil an dem Grundstücke zusteht, sondern nur die eines nachrichtlichen Vermerkes dahin, daß die Miterben als Teilhaber der Erbengemeinschaft auch Eigentümer des Nachlaßgrundstücks sind (KGJ. **33** A 207, 231). Das KG. hat demgemäß auch ausgesprochen, daß bei einer solchen Eintragung, wenn ein Miterbe seinen Erbschaftsanteil nach § 2033 BGB. an die anderen Miterben überträgt, die Berichtigung des Grundbuchs in der Weise erfolgt, daß der Name des veräußernden Miterben gelöscht wird, eine Auflassung aber nicht stattfindet (KGJ. **33** A 207; vgl. auch KGJ. **35** A 76). Ebenso findet lediglich eine Berichtigung ohne Auflassung statt, wenn einer der Miterben seinen Erbanteil an einen Dritten überträgt.

9. Josef, BadRpr. **14** 40. Der Gläubiger eines Miterben kann dessen Anteil am ganzen Nachlasse pfänden; dagegen kennt das Gesetz nicht eine Pfändung des dem bloßen Miteigentümer am Grundstücke zustehenden Anteils. Während aber die aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Rechte grundsätzlich unübertragbar sind (§ 717 Abs. 1 Satz 1 BGB.), sind die aus der bloßen Bruchteilsgemeinschaft entspringenden Rechte, z. B. das Recht auf Benutzung, Verwaltung und Fruchtgenuß, folglich auch das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen (§§ 743, 744, 749 BGB.) übertragbar, daher (§ 851 ZPO.) auch nach § 857 ZPO. pfändbar. Die Pfändung des Rechtes, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, führt eine Verfügungsbeschränkung des schuldnerischen Miteigentümers herbei, die einen von diesem gestellten Antrag auf Aufhebung der Gemeinschaft unzulässig macht, aber ihn nicht an der Veräußerung seines Miteigentumsanteils hindert. Um nun jene Verfügungsbeschränkung und die zu sichernde Forderung gegen einen etwaigen Erwerber dinglich wirksam zu machen, kann der Pfändungsgläubiger die Eintragung der Verfügungsbeschränkung (§ 892 BGB.) sowie die einer Sicherungshypothek (§§ 864 Abs. 2, 866 ZPO.) auf den Anteil des schuldnerischen Miteigentümers erwirken und nach erfolgter Überweisung des Auseinandersetzungsanspruchs (§ 749 BGB. mit § 857 ZPO.) das Recht des schuldnerischen Miteigentümers auf Aufhebung der Gemeinschaft ausüben, also die Teilungsversteigerung beantragen (§§ 180, 181 Abs. 2 Satz 1 ZVG.). — Hat der Gläubiger eines Gesellschafters dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen gepfändet, so hat diese Pfändung nur die im § 725 BGB. (§ 135 HGB.) bezeichnete Wirkung; sie ist einflußlos auf das Recht des schuldnerischen Gesellschafters, in Gemeinschaft mit den anderen Gesellschaftern über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen. Da sonach die Pfändung des Gesellschaftsanteils eine Verfügungsbeschränkung des Schuldners nicht bewirkt, ist die Eintragung der Pfändung im Grundbuche des Gesellschaftsgrundstücks als für das Recht bedeutungslos unzulässig.

10. R. **14** Nr. 1891 (Königsberg). Eine Zwangshypothek, die entgegen dem § 867 Abs. 2 ZPO. auf jedem Grundstück in voller Höhe eingetragen ist, ist nichtig.

11. BayNotZ. **15** 198 (LG. Kaiserslautern). Die Eintragung eines Verstorbenen in das Grundbuch ist an sich zulässig.

12. SchlHolstAnz. **14** 108 (LG. Kiel). Eine vertraglich übernommene, der Bondenholzverpflichtung inhaltlich gleichkommende Verpflichtung zur Erhaltung eines Grundstücks im bisherigen Zustand ist nicht öffentlich-rechtlicher Natur und daher der Eintragung fähig.

II. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters. 1. **RG.** WarnE. **14** 190. Nach § 857 Abs. 1 ZPO. finden auf die Zwangsvollstreckung in die nicht in den §§ 829—856 behandelten Rechte des beweglichen Vermögens die §§ 829—856 ZPO. entsprechende Anwendung. Daher ist auf die nach § 859 Abs. 2 ZPO. zulässige Pfändung des Anteils eines einzelnen Miterben an einem ungeteilten Nachlasse § 829 Abs. 1 ZPO., wonach, wenn eine Geldforderung gepfändet werden soll, das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten hat, an den Schuldner zu zahlen, und das Gericht zugleich an den Schuldner das Gebot zu erlassen hat, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere ihrer Einziehung zu enthalten, entsprechend anzuwenden; das gleiche gilt für § 829 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, wonach mit der von dem Gläubiger zu veranlassenden Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner die Pfändung als bewirkt anzusehen ist. Zwar bestimmt § 857 Abs. 2 ZPO., daß, wenn ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen ist, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. findet aber diese Vorschrift auf die Pfändung des Erbteils eines Miterben keine Anwendung, weil die übrigen Miterben als Drittschuldner zu erachten sind (**RG. 42** 327, **49** 405, **74** 54, **75** 180). Die entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften des § 829 ZPO. führt dazu, daß, wenn ein Erbanteil an einer ungeteilten Nachlaßmasse gepfändet werden soll, das Gericht ein Verbot an die Miterben des Schuldners, an diesen selbst zu leisten, und ein Verfügungsverbot an den Schuldner zu erlassen hat, und daß ein so gestalteter Beschluß den Miterben vom Gläubiger zuzustellen ist (**RG. 42** 327, **49** 407, **74** 54).

2. SächsOLG. **35** 52 (Dresden). Die im Falle der Verpfändung des Anteils eines Miterben am Nachlasse bestehende Verfügungsbeschränkung, die bei der Besonderheit des verpfändeten Rechtes auch die anderen Erben insofern berührt, als diese nunmehr bei der Verwaltung des Nachlasses und der Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände an die Mitwirkung des Gläubigers gebunden sind, ist als gesetzliche Folge des Pfandrechts dinglicher Natur und daher auch gegen Dritte wirksam. In Ansehung eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks versagt aber diese Wirkung gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, wenn nicht die Verfügungsbeschränkung (§ 892 BGB.) aus diesem hervorgeht. Der Inhalt des Grundbuchs stimmt daher, wenn, wie hier, der Miterbe als in seinen Rechten unbeschränktes Mitglied der Erbengemeinschaft eingetragen ist, mit der wirklichen Rechtslage nicht mehr überein, und es ist infolgedessen der Gläubiger (§ 894 BGB.) berechtigt, von dem Miterben die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs zu verlangen, ohne daß es einen Unterschied machen kann, ob die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch eine gerichtliche Pfändung oder durch eine rechtsgeschäftliche Verpfändung des Nachlaßanteils herbeigeführt worden ist.

3. Josef, ElsLothNotZ. **14** 99. Ist der Anteil eines Miterben gepfändet, so erleidet seine Befugnis, sich über den Nachlaß auseinanderzusetzen und über seinen Anteil zu verfügen, eine Einschränkung nur zugunsten des Pfändungsgläubigers (§§ 135, 136 BGB.). Das Grundbuchamt hat aber — vermöge seiner Pflicht zu prüfen, ob die Eintragung von dem bewilligt ist, dessen Recht von ihr betroffen wird (§ 19 GBO.) — dennoch die vom schuldnerischen Erben erklärte Eintragungsbewilligung als unwirksam zu behandeln. Denn durch den Pfändungs-

beschluß ist dem Gläubiger ein Pfandrecht an dem Erbanteile des Schuldners entstanden, das ohne Zustimmung des Gläubigers nicht aufgehoben oder geändert werden kann (§ 1276 BGB.). Der Schuldner kann daher insbesondere nicht sein gesamthänderisches Miteigentum an dem Grundstück auf einen Dritten übertragen.

4. OLG. **29** 219, BayObLG. **14** 437 (BayObLG.). Nach § 830 ZPO. ist zur Pfändung einer Forderung, für die eine Buchhypothek besteht, außer dem Pfändungsbeschlusse die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich. Erst wenn diese Eintragung erfolgt ist, liegt die im § 929 Abs. 2 ZPO. erforderte Vollziehung des Arrestbefehls vor. Wollte man schon die Erlassung oder die Zustellung des Pfändungsbeschlusses zur Wahrung der für den Vollzug des Arrestbefehls gesetzten einmonatigen Frist für ausreichend erachten, so würde der Zweck des Gesetzes in vielen Fällen geradezu vereitelt, denn § 929 soll verhindern, daß erst lange nach Erlassung des Arrestbefehls, wenn die Verhältnisse vielleicht schon wesentlich sich geändert haben, der Arrestbefehl in Kraft trete.

5. KGJ. **45** 264 (KG.). Ist ein Mündel, vertreten durch den Vormund, durch rechtskräftiges Urteil zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt die Willenserklärung gemäß § 894 ZPO. als wirksam abgegeben. Der im Falle freiwilliger Abgabe erforderlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf es nicht. Dies gilt auch dann, wenn das Urteil gemäß § 307 ZPO. auf Grund eines Anerkenntnisses des Vormundes erlassen ist. Ob das Anerkenntnis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurfte, ist gegebenenfalls vom Grundbuchamte nicht nachzuprüfen.

6. KGJ. **45** 215. (KG.) Pflicht und Recht des Grundbuchamts zur Prüfung beschränken sich gegenüber dem Inhalte des Rezesses darauf, ob dieser Inhalt, soweit er in das Grundbuch übernommen werden soll, an sich rechtlich möglich ist (KGJ. **43** 191).

7. KGJ. **46** 187 (KG.). Der Erwerber sämtlicher Erbteile kann über die einzelnen Erbteile nicht weiterverfügen.

8. BayObLG. **14** 434. Die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbefehl ist nur zulässig, wenn die Person, gegen welche vollstreckt werden soll, in dem Vollstreckungsbefehle namentlich bezeichnet und ihr der Vollstreckungsbefehl zugestellt ist. Daher kann auf Grund eines Vollstreckungsbefehls, der sich gegen eine Firma richtet und der ihrem nunmehrigen Alleininhaber zugestellt ist, nicht vor Berichtigung des Grundbuchs in ein Grundstück vollstreckt werden, als dessen Eigentümerin im Grundbuche noch die unter der Firma früher bestandene offene Handelsgesellschaft eingetragen ist.

9. KGJ. **46** 194 (KG.). Die Grundbucheintragung einer Rechtsänderung, die zur Vollziehung eines gemäß § 303 HGB. geschlossenen Vertrags über die Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im ganzen bewilligt ist, darf nicht schon deshalb abgelehnt werden, weil das Sperrjahr noch nicht abgelaufen sei.

10. Baer, ZBlFG. **14** 570 (588). Die Grundbuchpraxis wird mit der Begründung, daß im Grundbuchverkehre die formale Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO. genügen muß, die Grundbuchämter daher nicht dafür sorgen können, daß auch materiell-rechtlich die Erfordernisse des Rechtserwerbes erfüllt sind, bezüglich des Zugehens der Genehmigung des Berechtigten an die anderen Vertragsteile sich der Anschauung in der Rechtsprechung anschließen, die von dem Nachweise des Zugehens der Genehmigung absieht. Es genügt mithin bei Auflassungen, daß, wenn nur einer der Beteiligten vor dem Notar erscheint und erklärt, ohne Vertretungsmacht auch für die übrigen Beteiligten zu handeln, diese dann nachträglich nach Durchlesen der Urkunde ihre Genehmigung zur Urkunde erteilen. Daß dadurch die vom Gesetze geforderte gleichzeitige Anwesenheit der sämtlichen Beteiligten vereitelt wird, liegt auf der

Hand. Aber diese Folge der Anwendung des § 177 BGB. in Grundbuchsachen läßt sich nicht ausschließen.

11. Baer, ZBlFG. **14** 570 (589). Eine Verkehrserleichterung, die in vielen Fällen die Anwendung des § 181 BGB. als ausgeschlossen erscheinen läßt, hat zur Folge die Entscheidung der Frage, ob der Grundbuchrichter das der Eintragungsbewilligung zugrunde liegende dingliche Rechtsgeschäft oder die Eintragungsbewilligung allein als das Rechtsgeschäft erachtet, bei dem der § 181 BGB. anzuwenden ist. Es steht und fällt die Entscheidung dieser Frage mit der Streitfrage, inwieweit der Grundbuchrichter mitzuwirken hat, daß das Grundbuch mit der materiellen Rechtslage in Einklang zu bleiben hat. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß für die Grundbuchrichter einerseits allein das Grundbuch und die ihm vorgelegten Urkunden maßgebend sind, andererseits lediglich die Eintragungsbewilligung als einseitiges Rechtsgeschäft, daß das Grundbuchamt also nicht mitzuwirken hat, daß auch materiell-rechtlich der Rechtserwerb sich vollende, so bleibt für die Anwendung des § 181 nur noch ein kleiner Raum übrig. Das Ziel der Rechtsentwicklung wird auch hier sein, daß der Grundbuchrichter sich nicht um die Erfordernisse des Rechtserwerbes zu kümmern hat, sondern lediglich um die Erfordernisse der Eintragung, daß daher z. B. nichts im Wege steht, daß ein Vertreter für seine Schuld ein Grundstück des von ihm Vertretenen mit einer Hypothek belastet, oder die Löschung einer Hypothek bewilligt und für den von ihm Vertretenen beantragt.

§ 13. I. Inhalt des Antrags. KGBl. **14** 104 (KG.). Der Eintragungsantrag muß unzweideutig ergeben, für welche Forderung die Hypothek eingetragen werden soll.

II. Tod des Antragstellers. Josef, WürttZ. **14** 225. Der § 130 BGB. handelt nur von der Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen, bezieht sich also nicht auf Verfahrenshandlungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nichtsdestoweniger ist er auch auf diese sinngemäß anzuwenden; eine Beschwerdeerklärung wird also wirksam, erst wenn sie dem Gerichte zugeht, und sie ist wirksam, auch wenn nach ihrer Abgabe (Absendung) der Beschwerdeführer stirbt oder geschäftsunfähig wird. Auch der dem Abs. 2 des § 130 weiter zugrunde liegende Rechtsgedanke, daß der vor der Absendung eingetretene Tod des Erklärenden das Wirksamwerden der Erklärung verhindert, diese insbesondere nicht durch eine nachträgliche Absendung von seiten des Erben herbeigeführt wird, gilt für Verfahrenshandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, also auch für den reinen Eintragungsantrag des § 13 GBO. Das Grundbuchamt soll also, wenn feststeht, daß der Urheber eines solchen bereits verstorben war, bevor ein Dritter den Antrag einsandte, die Eintragung ablehnen und einen neuen Antrag erfordern. Hat der Passivbeteiligte in der Eintragungsbewilligung sie zugleich beantragt und die Urkunde dem anderen Teile ausgehändigt, so ist die Bewilligung für diesen, dem gegenüber sie zu erklären war, wirksam geworden; dagegen ist hiermit nicht schon die Abgabe an das Grundbuchamt erfolgt.

III. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. KGJ. **45** 204 (KG.). Unter „Recht" im Sinne des § 13 Abs. 2 GBO. ist für den Fall der Eintragung einer Rechtsänderung nicht ein Buchrecht, sondern nur ein materielles Recht zu verstehen.

2. WürttZ. **14** 77 (WürttJustMin.). Zwar enthält die GBO. keine Vorschrift des Inhalts, daß Anträge an das Grundbuchamt dann, wenn der Grundbuchbeamte sie außerhalb des Geschäftsräume des Grundbuchamts entgegennimmt, erst im späteren Zeitpunkt ihrer Verbringung in diese Räume als beim Grundbuchamt eingegangen zu gelten haben, und in der Literatur wird auch angenommen, daß, vom Standpunkte der GBO. allein aus betrachtet, ein Antrag, wo er auch immer

von dem Grundbuchbeamten entgegengenommen werde, im Zeitpunkte dieser Entgegennahme als beim Grundbuchamt eingegangen anzusehen sei. Vgl. Achilles-Strecker, GBO. Anm. 4 b zu § 14; Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht II Anm. 14 zu § 13 GBO.; Güthe, GBO. I Anm. 29 Abs. 2 zu § 13; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I § 13; Predari, GBO. Anm. 5 Abs. 5 zu § 13. Indessen ist bei dem engen Zusammenhange der vorliegenden Frage mit der dem Landesrechte vorbehaltenen Regelung der Einrichtung der Grundbuchämter davon auszugehen, daß das Landesrecht auch in betreff des für den Eingang eines Antrags beim Grundbuchamte maßgebenden Ortes besondere Grundsätze aufstellen kann. Vgl. auch Achilles-Strecker aaO., Fuchs-Arnheim aaO. und Anm. 29 zu § 13, Oberneck aaO. Aus Art. 9 WürttAGGBO. geht nun aber unmittelbar hervor, daß Anträge, die bei dem Grundbuchbeamten außerhalb der Kanzleiräume des betreffenden Grundbuchamts schriftlich angebracht werden, nicht schon in diesem Zeitpunkte, sondern erst im Zeitpunkt ihres Eintreffens in den Kanzleiräumen des Grundbuchamts als bei diesem eingegangen anzusehen sind (vgl. auch § 69 der Grundbuchverfügung). Allerdings bezieht sich diese Vorschrift zunächst nur auf die beim Grundbuchbeamten selbst angebrachten Anträge. Der gleiche Grundsatz muß jedoch auch für den Fall gelten, daß der Ratsschreiber als Vertreter des Grundbuchbeamten außerhalb der Kanzleiräume des Grundbuchamts einen Antrag in Empfang nimmt. Anderenfalls wäre eine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit und unter Umständen (z. B. in Fällen, in denen neben dem in seiner Wohnung arbeitenden Ratsschreiber gleichzeitig der Grundbuchbeamte selbst bei vorübergehender Anwesenheit in den Kanzleiräumen des Rathauses tätig ist) unleidliche Verwirrung zu besorgen.

III. Die Wirkung des Antrags. PosMSchr. **13** 148 (Posen). Der Eingang des Antrags auf Eintragung der Arresthypothek beim Grundbuchamt gilt unter allen Umständen als Vollziehung des Arrestes, gleichviel ob der Antrag sofort abgelehnt wird oder zu einer Zwischenverfügung führt oder später abgelehnt wird oder zur Eintragung führt.

§ 15. 1. FrankfRundsch. **48** 99 (KG.). Der Notar ist nicht befugt einen anderen Antrag als den dem beurkundeten Vertrag entsprechenden beim Grundbuchamte zu stellen, auch nicht auf Grund besonderer Vollmacht.

2. ElsLothNotZ. **14** 132 (LG. Mülhausen). Die dem Notar nach § 15 GBO. zustehende Vollmacht erlischt mit der vorgenommenen Eintragung. Eine etwa nötige Berichtigung dieser Eintragung kann daher der Notar nicht beantragen.

3. *Ricks, DNotV. **14** 217. Dem Notar gibt die ihm im § 15 GBO. zugestandene selbständige Antragsbefugnis nur das Recht, seine eigenen gemäß § 15 gestellten Eintragungsanträge, nicht aber auch die in der Eintragungsbewilligung oder anderen Schriftstücken enthaltenen Anträge der Beteiligten zurückzunehmen, wenn er nicht nach dem Urkundeninhalte zur Rücknahme aller Anträge besonders ermächtigt erscheint. Bloße Vermutungen finden entgegen KGJ. **44** A 173 keinen Raum! Dementsprechend ist der Notar auch zur Rückforderung der überreichten Urkunden, die praktisch der Rücknahme des Antrags gleichkommt, nur dann berechtigt, wenn er allein alle Anträge zurücknehmen kann. Anderenfalls müssen die Beteiligten in der Form des § 29 GBO. beglaubigt zustimmen. Hingegen bedürfen die Rücknahme- und Rückforderungserklärungen des Notars trotz § 32 GBO. nur der Beifügung seines Amtssiegels oder Stempels zur Unterschrift. Abgesehen von obigen Fällen sind dem Notar stets auf sein Verlangen die Urkunden, bei denen ein äußerer Formmangel zu beseitigen ist, oder die Unterlagen der Eintragungsbewilligung oder Anträge, wie Erbscheine, Testamente, Vollmachten usw. nach Entnahme beglaubigter Abschriften zurückzureichen. Im übrigen muß den

Notaren die Erteilung von Abschriften der Eintragungsbewilligungen genügen, wenn der Übersendung der Urkunden selbst nach Entnahme beglaubigter Abschriften Bedenken entgegenstehen.

4. ElsLothNotZ. **14** 188 (LG. Straßburg). Der Notar kann nur als Bevollmächtigter seiner Auftraggeber Beschwerde gegen eine auf seinen in gleicher Eigenschaft gestellten Antrag erlassene Entscheidung des Grundbuchamts erheben.

§ 16. R. **14** Nr. 2735 (BayObLG.). Ist beantragt, eine Zwangshypothek in erster Reihe auf dem Hälfteanteile des Schuldners, in zweiter Linie auf dem ganzen Grundstück einzutragen, so kann später auf den zweiten Antrag nicht mehr (mit dem früheren Range) zurückgekommen werden, wenn dem ersten Antrag entsprochen, später aber der Eintrag als unzulässig gelöscht worden ist.

§ 18. I. Die Zwischenverfügung. 1. Das Wesen der Zwischenverfügung. KGJ. **46** 176 (KG.). Eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts, durch die eine Frist bestimmt wird, binnen welcher bei Vermeidung kostenpflichtiger Zurückweisung des Eintragungsantrags ein anderer Eintragungsantrag gestellt oder der gestellte Eintragungsantrag zurückgenommen werden soll, unterfällt nicht dem § 18 GBO. Die Beschwerde gegen eine solche Zwischenverfügung ist unzulässig.

2. Die Zulässigkeit der Zwischenverfügung. a) **RG. JW. 14** 943. Das RG. trägt kein Bedenken, sich der Ansicht des KG. in seinem Beschlusse vom 15. Mai 1911 (RJA. **11** 232) anzuschließen, daß die Anwendung dieses Paragraphen in Fällen, wo es sich um Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung handelt, zwar nicht schlechthin auszuschließen, aber doch auf Hindernisse zu beschränken sei, die sich aus den grundbuchrechtlichen Erfordernissen der Eintragung ergeben. **b)** HessRspr. **15** 84 (Darmstadt). Güthe, GBO. (3) § 18 Anm. 14 erachtet den Erlaß einer Zwischenverfügung für unzulässig, wenn der Gläubiger die gemäß § 867 Abs. 2 ZPO. erforderliche Verteilung nicht vorgenommen habe; denn in voller Höhe dürfe die Vormerkung nicht auf allen Grundstücken eingetragen werden, und zu einer Verteilung durch den Grundbuchrichter fehle die gesetzliche Unterlage. . . . Wenn nun der erk. Sen. auch nicht der weitgehenden Meinung Güthes beizupflichten vermag, so ist doch das jedenfalls richtig, daß beim Mangel der Verteilung nach § 867 Abs. 2 ZPO. eine Zwischenverfügung nicht am Platze und ihr Erlaß nicht berechtigt ist, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller mit seinem unvollständigen Antrage lediglich den Vorrang vor anderen zu erreichen suchte, obgleich er den Mangel seines Antrags kannte. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist eine Tatfrage und der Nachprüfung des Richters der weiteren Beschwerde entzogen. Aber damit, daß § 18 GBO. in erster Linie das pflichtmäßige Ermessen des Richters darüber maßgebend sein läßt, ob Zurückweisung des Antrags oder ob eine Zwischenverfügung am Platze ist, ist nicht gesagt, daß dies Ermessen ihn der Prüfungspflicht enthöbe, denn diese Prüfung ist vom Gesetze vorgeschrieben. Prüft der Richter also nicht, so verstößt er damit gegen das Gesetz (BadRpr. **07** 174). **c)** RJA. **13** 131, OLG. **27** 396 (KG.). Eine Zwischenverfügung mit Fristsetzung zur Hebung eines weiteren Eintragungshindernisses ist unzulässig, wenn das Grundbuchamt die beantragte Eintragung bereits aus anderen Gründen endgültig zurückgewiesen hat. **d)** Ricks, DNotV. **14** 417. § 18 ist nicht anwendbar, wenn eine Eintragung zu einem nicht richtig bezeichneten Grundbuchblatte beantragt ist. Dies folgt aus dem Grundsatze der genauen Bezeichnung des Grundstücks und der Rechte, so daß an sich der Antrag auf Eintragung auf einem dem Antragsteller nicht gehörigen und einem unrichtig bezeichneten und nicht klar erkennbaren Grundstücke sofort abgewiesen werden müßte oder könnte, weil das Hindernis nach den dem Grundbuchamte be-

kannten Umständen dem unrichtig bezeichneten Grundstück oder für die Eintragung darauf gar nicht behebbar ist. Es sei denn, daß das Grundstück später aufgelassen oder nach dem Zwangsversteigerungsverfahren auf seinen Namen umgeschrieben werden soll. In diesem letzten Falle müssen die Urkunden bis zur Berichtigung beim Grundbuchamt ohne Anwendung des § 18 aufbewahrt werden. Sonst kann zur Vermeidung unnötiger Kosten dem Antragsteller die Beseitigung der Unrichtigkeit ohne Fristsetzung auf kurze Zeit anheimgegeben werden (Ricks, Grundbuchpraxis 104).

3. Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung. a) KGJ. **46** 176 (KG.). Unter den Entscheidungen des § 71 sind nicht nur die endgültigen, den Antrag sachlich erledigenden Entscheidungen zu verstehen, soweit sie nicht als Eintragungen im Sinne des Abs. 2 das. der Beschwerde ausdrücklich entzogen sind, sondern auch die von der GBO. ausdrücklich zugelassenen Zwischenverfügungen des § 18. Wenn diese auch den Antrag nicht erledigen, so sind sie doch im Abs. 2 des § 18 mit besonderen Wirkungen hinsichtlich des Ranges der beantragten Eintragung ausgestattet, die es rechtfertigen, den in ihnen enthaltenen sachlichen Ausspruch des Grundbuchamts vor der endgültigen Erledigung des Antrags der Entscheidung der höheren Instanzen im Wege einer selbständigen Beschwerde zu unterbreiten. Der Senat hat deshalb in ständiger Rechtsprechung die Beschwerde und weitere Beschwerde gegen diese Zwischenverfügungen zugelassen. **b)** KGJ. **45** 204 (KG.). Gegen die Zwischenverfügung in Grundbuchsachen ist auch nach Ablauf der zur Hebung des Hindernisses bestimmten Frist die Beschwerde zulässig.

4. Die Behebung des Hindernisses. *Ricks, DNotV. **14** 420 ff. Ist das Hindernis gemäß § 18 GBO. nach dem Fristablaufe nicht behoben, so „ist" der gestellte Antrag abzuweisen. Der frühere Antragsteller kann auch nach dem Fristablaufe, solange die Abweisung seines Antrags noch nicht verfügt ist, das Hindernis noch wirksam ohne Rechtsverlust beheben. Mit der Abweisung in den Akten ist der Antrag als erledigt anzusehen und ist die Löschung einer für den abgewiesenen Antrag aus § 18 Abs. 2 GBO. eingetragenen Vormerkung gleichzeitig mit der Abweisung sofort abzuverfügen und durchzuführen. Es ist dabei gleichgültig, ob die Antragsabweisung schon bekannt geworden oder gemäß § 16 FGG. dem Antragsteller gegenüber durch Bekanntmachung wirksam geworden ist. § 16 aaO. ist durch den Wortlaut, Sinn und Zweck des § 18 GBO. („Die Vormerkung . . . wird gelöscht, wenn der früher gestellte Antrag zurückgewiesen wird") eingeengt (aM. SächsOLG. **21** 291 und Güthe, Anm. 52 zu § 18 GBO.). Die in den Akten befindliche, noch nicht bekannte Abweisungsverfügung könnte nur dann als rein innerer Vorgang beim Grundbuchamt angesehen und wieder aufgehoben werden, wenn seit dem ersten Eingange des abgewiesenen Antrags bis zu der nach der Abweisung erfolgten Hindernisbehebung keine anderen Anträge eingegangen sind und deshalb ein Rangverlust nicht in Betracht kommt. Im übrigen kann das Hindernis auch nach dem Fristablaufe bis zur tatsächlichen Erledigung, d. i. richterlichen Abweisung des Antrags in den Akten ohne Rechtsverlust noch behoben werden (§ 18 Abs. 2 Satz 1). — Die vom Richter in Unkenntnis der ihm nicht vorgelegten Hindernisbehebung abgesetzte Abweisungsverfügung muß bestehen bleiben, wenn Rechte anderer (wie oben) Rangverluste erlitten, da die Behebung an der maßgebenden Stelle nicht „inzwischen", d. h. nicht rechtzeitig nachgewiesen war (§ 18 Abs. 1 GBO.). Sonst ist sie aufhebbar! — Über Beschwerden hat das Beschwerdegericht zu entscheiden, gleichviel, ob sie vor oder nach dem Fristablauf eingehen; die Abweisungsverfügung ist auszusetzen!

II. Die Rechtskraft der Entscheidungen. 1. Josef, Hess. Rspr. **15** 211, 226. (230): Die sämtlichen durch einen Einleitungsakt veranlaßten, auf eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich beziehenden, bis zur endgültigen Vornahme oder Ablehnung erfolgenden Handlungen des Gerichts und der

Beteiligten werden durch die Einheit des Zweckes zu einem Verfahren verbunden. Innerhalb dieses Verfahrens ist das untergeordnete Gericht nach Abschluß des Verfahrens an die Entscheidungen des übergeordneten Gerichts gebunden. Findet nun gegen die das Verfahren beendende Verfügung die einfache Beschwerde statt und war sowohl diese als auch die weitere Beschwerde eingelegt, so ist durch Erschöpfung des Instanzenzugs die Angelegenheit unanfechtbar, also formell rechtskräftig entschieden. Eine Vorschrift aber, wonach (wie in §§ 322 ff. ZPO.) die formelle Rechtskraft zugleich die materielle Rechtskraft, also die Unabänderlichkeit der Entscheidung zur Folge hat, demnach das entschiedene Rechtsverhältnis in einer die Beteiligten und das Gericht bindenden Weise regelt, hat das FGG. nicht. Daher kann das Gericht nach Abschluß des Verfahrens in einem neuen Verfahren eine Verfügung erlassen, durch die es das entschiedene Rechtsverhältnis in einer der ergangenen unanfechtbaren Entscheidung entgegengesetzten Weise regelt. So kann es, wenn durch die Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde eine Eintragung abgelehnt ist, demnächst aber die Beteiligten eine andere Entscheidung beantragen, in ein neues Verfahren hierüber eintreten und insbesondere, wenn sich die Rechtsprechung über die Zulässigkeit jener Handlungen geändert hat, eine Entscheidung erlassen, die mit der im früheren Verfahren ergangenen Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde im Widerspruche steht . . . Indem aber § 18 Abs. 2 FGG. die Änderung einer Verfügung verbietet, die der sofortigen Beschwerde unterliegt, bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß die durch den Fristablauf herbeigeführte formelle Rechtskraft zugleich auch die materielle Rechtskraft des entschiedenen Rechtsverhältnisses zur Folge haben soll. Das Gericht hat hier also unter Berufung auf die Unabänderlichkeit der Entscheidung die Beschlußfassung über den neuen Antrag abzulehnen. Aber die Rechtskraft der früheren Verfügung reicht nur soweit, als der neue Antrag auf denselben Sachverhalt gestützt wird, der der früheren Verfügung zugrunde liegt. Wird dagegen dem Gerichte, nachdem eine frühere Verfügung materielle Rechtskraft erlangt hat, ein veränderter Sachverhalt zur Entscheidung unterbreitet, so hat es über den neuen Sachverhalt ohne Rücksicht auf die frühere Verfügung zu entscheiden. Denn die frühere Verfügung erstreckt ihre Kraft nicht auf die neue Sachlage, und die neue Entscheidung regelt die neue Sachlage, aber nicht die alte. Dabei ist es gleichgültig, ob die neuen Tatsachen bereits vor Erlaß der früheren Entscheidung entstanden waren; es genügt vielmehr, daß das Gericht über sie noch nicht entschieden hat. Ebenso Josef, ZBlFG. **15** 149 ff.

3. Braus, BuschsZ. **44** 215. (263): Die Frage, ob eine Entscheidung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit der materiellen Rechtskraft teilhaftig ist oder nicht, läßt sich nur nach der besonderen Natur der entschiedenen Angelegenheit beantworten. Wo aber eine Entscheidung mit materieller Rechtskraft ausgestattet ist, bleibt diese stets nur so lange wirksam, als die Sach- oder Rechtslage, auf Grund deren sie ergangen ist, unverändert geblieben ist. Auch die Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind grundsätzlich an ihre Entscheidung gebunden. Eine Änderung ist nur dort möglich, wo das Gesetz eine solche ausdrücklich zuläßt. Aber selbst hier ist der unteren Instanz die Befugnis zur Änderung dann versagt, wenn eine materiell erkennende Entscheidung der höheren Instanzen in der Angelegenheit ergangen ist. Diese Gebundenheit der Behörden ist kein Bestandteil der materiellen Rechtskraft; beides sind wesensverschiedene Dinge. Die Bindung der Behörden besteht auch dort, wo eine Entscheidung der materiellen Rechtskraft ermangelt. . . . (241): Für Grundbuchsachen gilt folgendes: Würde eine Entscheidung, die eine Eintragung im Grundbuche zum Gegenstande hat, materiell rechtskräftig, so würde damit die Möglichkeit einer neuerlichen Berichtigung ein für allemal abgeschnitten. Es könnte in Zukunft eine Berichtigung des Grundbuchs hin-

sichtlich der Rechtsfrage, die Gegenstand der richterlichen Entscheidung war, nicht mehr stattfinden, selbst dann nicht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchinhalts unzweifelhaft erhellt. Bei materieller Rechtskraft der Entscheidung würde die fragliche Eintragung mithin wirkliches formales Recht schaffen, während sie bestimmungsgemäß doch nur eine — widerlegbare — Rechtsvermutung begründen soll. Die materielle Rechtskraft würde daher auch hier eine Änderung des gesetzlichen Zweckes des Grundbuchs im Gefolge haben, ein Erfolg, der dem Wesen der Rechtskraft widerspricht. Aber noch ein anderer Grund, der mit der Zweckbestimmung des Grundbuchs im engsten Zusammenhange steht, zwingt zur Versagung der Rechtskraft in diesem Falle. . . . Der Berichtigungsanspruch ist den Beteiligten gesetzlich mit Recht ohne irgendeine Einschränkung gegeben; würde eine über einen solchen Anspruch ergangene Entscheidung materiell rechtskräftig werden, so würde den Beteiligten die Möglichkeit genommen, den ihnen uneingeschränkt zugestandenen Anspruch auf Berichtigung weiterhin noch auszuüben. Wie aber die Rechtskraft nicht zu einer Änderung des gesetzlichen Zweckes eines Registers führen kann, so kann sie auch niemals zu einer Vernichtung ausdrücklich gewährter privatrechtlicher Ansprüche führen.

§ 19. I. Inhalt der Eintragungsbewilligung. 1. **RG.** BayRpflZ. **14** 123. Mag das Gesetz auch regelmäßig bei dem Ausdrucke „Recht" im Gebiete des Liegenschaftsrechts nur ein Recht dinglicher Art im Auge haben, so schreibt es doch im § 52 GBO. ausdrücklich die Eintragung des „Rechtes" des Nacherben vor und legt mithin auch diesem Rechte mittelbar die Eigenschaft eines eingetragenen Rechtes bei. Daher ist es nicht folgewidrig, wenn man dem eingetragenen Nacherben die Befugnis zugesteht, die sonst gemäß § 19 dem betroffenen Berechtigten gebührt. Jedenfalls aber muß die angeführte Vorschrift hier entsprechend angewendet werden. Es läßt sich schwerlich annehmen, daß das Gesetz ausschließlich bei dinglichen Rechten die Befugnis hätte gewähren wollen, die Eintragung von Rechtsänderungen zu bewilligen und herbeizuführen. Das entspräche nicht seiner Absicht, eine stete Übereinstimmung zwischen dem Buchinhalt und der wirklichen Rechtslage zu schaffen. Auch dem Vormerkungsberechtigten wird, selbst der, der in der Vormerkung kein dingliches Recht erblickt, das Recht nicht absprechen wollen, im Falle der Abtretung des geschützten Anspruchs die Eintragung des Personenwechsels zu bewilligen.

2. OLG. **29** 398 (BayObLG.). Kann im Wege der Auslegung der wirkliche Wille des Erklärenden unzweideutig festgestellt werden, so hat sich der Grundbuchrichter dieser Feststellung zu unterziehen und dementsprechend die Eintragung vorzunehmen; an die Wortfassung der Eintragungsbewilligung ist er nicht gebunden.

3. ElsLothJZ. **14** 87 (Colmar). In den zwei vorliegenden Fällen ist die Bewilligung der Eintragung je einer Kaufpreishypothek im Zusammenhange beurkundet mit dem der Hypothekbestellung zugrunde liegenden Grundstücksverkaufe. Dementsprechend lautet die Bewilligungserklärung in beiden Fällen einfach dahin, daß „zugunsten der Verkäufer" eine Sicherungshypothek wegen der Kaufpreisforderung eingetragen werde; nur der Geldbetrag der Forderung, der Zinssatz und der Geldbetrag der Nebenleistungen ist in der die Bewilligung enthaltenden Erklärung selbst angegeben; im übrigen ist darin zur Bezeichnung der Forderung und insbesondere der Gläubiger auf die Verkaufsbeurkundung verwiesen, nach welcher in beiden Fällen der Verkauf durch zwei Personen gemeinschaftlich vorgenommen ist. Hiernach liegt aber in der Verweisung auf die Verkaufsbeurkundung auch unzweideutig die Bestimmung, daß die Hypothek den beiden Verkäufern untereinander in gleichem Rechtsverhältnisse zustehen soll, wie der Verkaufsbeurkundung nach die Kaufpreisforderung ihnen zusteht.

II. Der Betroffene. 1. R. **14** Nr. 1467 (BayObLG.). Soll der Ehemann auf Antrag der Ehefrau als Miteigentümer eines Gesamtgutsgrundstücks eingetragen werden, so wird dadurch nicht sein Recht „betroffen".

2. RJA. **13** 158, OLG. **29** 398 (KG.). Das Verfügungsrecht des Konkursverwalters, aus dem sich das Bewilligungsrecht ergibt, muß, wenn die Bewilligung eine geeignete Eintragungsgrundlage bilden soll, fortbestehen bis zur Eintragung; denn erst durch die Eintragung wird der Verfügungstatbestand vollendet. Richtig ist es, daß die von dem Konkursverwalter innerhalb der Grenzen seines Amtes abgegebenen Willenserklärungen und vorgenommenen Rechtshandlungen den Gemeinschuldner auch über die Dauer des Konkurses hinaus binden (**RG. 29** 29), aber die materielle Bindung des Verfügungsberechtigten an die Rechtshandlungen eines Vorgängers im Verfügungsrecht ersetzt nicht die eigene Bewilligung. Trotz dieser Bindung muß eine Bewilligung desjenigen verlangt werden, dem im Zeitpunkte der Eintragung das Verfügungsrecht zusteht (KGJ. **37** A 289). Eine solche Bewilligung liegt nicht vor, weil der Konkursverwalter nach seiner rechtlichen Stellung nicht in der Art eines gesetzlichen Vertreters die Bewilligung der Gesamtschuldnerin erklärte, sondern aus eigenem Rechte bewilligt hat.

3. Baer, ZBlFG. **14** 570 (585). Die Einschränkung der bisherigen Auslegung des Begriffs „Verfügung" wird von dem OLG. Hamburg (RJA. **10** 150, JDR. **9** zu § 19 Ziff. IV 4) folgendermaßen gewonnen: „Als Regel ist festzustellen, daß es bei Hypotheken nicht nur die für Eintragung der Aufhebung des Briefausschlusses, sondern auch für die Eintragung einer Zinserhöhung der Zustimmung der Abkömmlinge nicht bedarf. Ob Fälle vorkommen können, in denen gerade die Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes zu einer anderen Entscheidung führen müßte, kann dahin gestellt bleiben. Sollte sich solches ergeben, so wäre zu erwägen, ob von der Regel nicht Ausnahmen zu machen seien. Es kann nicht bezweifelt werden, daß die Bewilligung von Zahlung höherer Zinsen aus dem Grundstück als eine Verfügung über das Grundstück sich darstellt. Die Bestimmungen der §§ 1444—1446 BGB. haben aber Geschäfte im Auge, die einerseits regelmäßig nicht zur laufenden Verwaltung gehören, wie die Abänderung von Zins- und Zahlungsbestimmungen, sondern regelmäßig einen besonderen Charakter haben und andererseits für die übrigen Beteiligten der Gütergemeinschaft daher von erheblicher Bedeutung sein können. Die Geschäfte der Abänderung der Zins- und Zahlungsbestimmungen gehören zu den gewöhnlichen Dingen der laufenden Verwaltung. Der allgemeinen, vielleicht nicht folgerichtigen Anschauung erscheinen sie nicht als Verfügungen über das Grundstück, sondern als auf die bestehende Hypothek bezügliche Verwaltungshandlungen." Daß durch diese Ausführungen der Begriff der Verfügung, wie er bisher allgemein dahin ausgelegt wurde, daß Verfügung ein Rechtsgeschäft sei, dessen Rechtswirkung unmittelbar auf das Recht gerichtet ist, in seiner absoluten folgerichtigen Anwendung im Rechte eingebüßt hat, gesteht das OLG. Hamburg selbst zu. Trotzdem ist die Entscheidung zu begrüßen, weil sie mit einem Schlage der unerquicklichen Kasuistik über alles das, was als eine „Verfügung" anzusehen ist, über Bord geworfen und die Frage der Abänderung von Zins- und Zahlungsbestimmungen bei Hypotheken an gütergemeinschaftlichen Grundstücken von dem Boden der reinen juristischen Konstruktion auf den Boden wirtschaftlicher Erwägungen hinübergeleitet hat.

4. R. **14** Nr. 220 (BayObLG.). Die Vollstreckungsunterwerfung gemäß § 800 ZPO. enthält keine Verfügung über das Grundstück. Das Grundstück haftet nicht für mehr, nicht mit mehr und nicht in anderer Weise, mag die Vollstreckung zufolge der nach § 800 erklärten Unterwerfung zulässig sein oder nicht. Es handelt sich bei dieser Unterwerfung vielmehr lediglich um eine Erweiterung oder, besser gesagt, Vereinfachung der Vollstreckung.

5. R. **14** Nr. 219 (BayObLG.). Die Erhöhung des Zinsfußes einer Hypothek auf einem Gesamtgutsgrundstück ist eine Verfügung.

6. Baer, ZBlFG. **14** 570 (584). Mann und Frau erben Grundstücke; sie befinden sich noch mit den übrigen Miterben in der Erbengemeinschaft. Kann der Mann ohne Einwilligung der Frau über diese Grundstücke verfügen? Jeder Nichtjurist würde mit einem glatten Nein antworten, da der Mann wirtschaftlich unmittelbar auf das Grundstück einwirkt, wenn er es mit den Miterben verkauft oder mit Hypotheken belastet. Der Jurist streitet hier und zwar mit rein juristischen Gründen. Die Auffassung, die hier aus der juristischen Konstruktion des Anteilsrechts am Nachlaß einen Unterschied machen will zwischen dem Zustande der Erbengemeinschaft vor und nach der Auseinandersetzung, ist verfehlt. In beiden Fällen schlägt wirtschaftlich der Grundgedanke des § 1445 BGB. durch. Die Begründung, daß der Mann nur über den Anteil an dem Nachlasse, nicht über die einzelne Sache verfügt, ist so juristisch konstruktiv, daß sie mit der wirtschaftlichen Betrachtung der Dinge nicht übereinstimmt und daher dieser weichen muß. Eigentum ohne Grund und Boden, Nachlaßanteile ohne wirtschaftliche Werte sind juristisch abstrakte Begriffe, aber keine realen Lebenswerte. Das Rechtsleben hat aber nur diese zu regeln und bedient sich dazu der juristischen Denkform. Daß die Auffassung, die hier keinen Unterschied kennt, auch juristisch zu vertreten ist, beweisen die Ausführungen von Planck, Anm. 5 zu § 1445 BGB.

III. Der Begünstigte. 1. Josef, WürttZ. **14** 225. Ist dem Grundbuchamte bekannt, daß der in der Eintragungsbewilligung bezeichnete Gläubiger bereits bei deren Erteilung oder später gestorben ist, so kann es die Eintragung nicht ablehnen. Denn die Einigung hat stattgefunden zwischen dem Eigentümer und demjenigen Gläubiger, für den die Hypothek eingetragen werden soll. Die Hypothek entsteht also durchaus rechtswirksam, und es haftet ihr nur eine unzutreffende Bezeichnung des Gläubigers an, insofern als der Anspruch aus dem Darlehnsvertrag, also auf Eintragung der Hypothek, auf die Erben übergegangen war und diese danach als Gläubiger hätten eingetragen werden sollen. Derartige Fehler, die für den Inhalt des einzutragenden Rechtes und für den Rechtserwerb bedeutungslos sind, können formlos berichtigt werden. Auch wo die Rechtslage vererblich ist, kann durch den Tod des Erblassers das Ziel der Beschwerde ausgeschlossen sein; daher wird, wenn des Erblassers Eintragung als Hypothekengläubiger oder Firmeninhaber abgelehnt worden ist, die von ihm erhobene Beschwerde in der Hauptsache gegenstandslos, wenn er demnächst stirbt.

2. Josef, R. **14** 168. Selbst wenn dem Richter amtlich bekannt ist, daß der in der Bewilligung bezeichnete Gläubiger bereits bei deren Erteilung verstorben war, kann er die Eintragung nicht ablehnen, um so weniger, wenn der Gläubiger erst nach Eingang des Antrags beim Grundbuchamt verstorben war. Die entgegengesetzte Ansicht ist für den Rechtsverkehr unerträglich.

IV. Ersatz der Eintragungsbewilligung. 1. Kuhnt, R. **14** 327. Ist der Erblasser zur Abgabe einer das Grundbuch betreffenden Willenserklärung verurteilt worden, so gilt nach § 894 ZPO. mit der Rechtskraft des Urteils die Erklärung als abgegeben, und es bedarf nach § 41 GBO. zur Herbeiführung der in Frage kommenden Eintragung nicht der vorherigen Eintragung des Erben. Die weitaus herrschende Ansicht (**RG. 62** 157; KGJ. **26** A 262 u. OLG. **4** 143 [KG.]; Falkmann 113, 11; Predari 4a zu § 41, 38, 39 zu § 19; Oberneck I 525; Staudinger I 3b zu § 885; Biermann 147) nimmt nun an, daß noch die Umschreibung der Klausel gegen den Erben (§ 727 ZPO.) und die Zustellung der im § 750 Abs. 2 ZPO. bezeichneten Urkunden an ihn erforderlich sei. Diese Ansicht führt jedoch zu wenig befriedigenden Ergebnissen. . . . Es muß daher angenommen werden, daß die §§ 727, 750 ZPO. vorliegend unan-

wendbar sind, und daß für die Eintragung im Grundbuch allein das mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehene Urteil genügt (Güthe, Anm. 15 zu § 41, Anm. 94 zu § 19; Fuchs-Arnheim, Anm. 4 zu § 885; Planck, Anm. 1 c zu § 885).

2. **RG.** JW. **14** 943. Die Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück gemäß § 932 ZPO. ist zugleich Vollstreckungsakt und grundbuchrechtlicher Akt. Prozeßrechtliche Voraussetzung für sie sind die in §§ 750, 928 ZPO. aufgestellten Erfordernisse.

§ 22. I. Die Berichtigungsbewilligung. OLG. **29** 326 (Colmar). In der notariellen „Berichtigungsurkunde" haben die Vertreter der Veräußerer und der Erwerber deutlich erklärt, daß der Verkauf vom 2. März sowie die Auflassung vom 6. April 1908 nach ihrer übereinstimmenden Willensmeinung nicht die dort bezeichneten Trennstücke, sondern den Eigentumsanteil der Veräußerer ($^1/_3$) an den in der Berichtigungserklärung bezeichneten, jene Trennstücke mitumfassenden größeren Grundstücken zum Gegenstande gehabt haben. Durch diese Erklärung ist — im Gegensatze zu den Vorinstanzen — in der durch § 29 Satz 2 GBO. erforderten Form nachgewiesen, daß in Wirklichkeit nicht die in der Auflassung bezeichneten Grundstücke, sondern die in der Berichtigungserklärung bezeichneten Grundstücksbruchteile wirksam aufgelassen worden sind.

II. Der Nachweis der Unrichtigkeit. 1. KGJ. **46** 190 (KG.). Die Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften setzt nicht begriffsnotwendig die Erhöhung des Grundkapitals der übernehmenden Gesellschaft voraus. Zum Abschluß eines Verschmelzungsvertrags ohne Kapitalserhöhung bedarf es nicht des Beschlusses der Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft. Die im Falle einer Verschmelzung unter Ausschluß der Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übergegangenen Grundstücke und Grundstücksrechte können auch schon vor Ablauf des Sperrjahrs im Grundbuch auf die Übernehmerin umgeschrieben werden.

2. OLG. **29** 387 (Hamburg). Nach den Ausführungen des RG. (vgl. **RG. 68** 416, **72** 162) findet bei der offenen Handelsgesellschaft und dem Ausscheiden eines Gesellschafters das Ausscheidungsprinzip stets dann Anwendung, wenn die objektive Grundlage der Gesellschaft, nämlich das Geschäft, fortdauert. . . . Es kann dabei auch keinen Unterschied machen, daß sich das Geschäft in Liquidation befunden hat, denn diese ändert nichts an den Eigentums- und Forderungsrechten.

3. ElsLothNotZ. **14** 43 (Colmar). Der im Eigentumsbuch eingetragene Miterbe kann zur Berichtigung die Löschung seiner Eintragung beantragen, wenn er durch seine rechtzeitig erfolgte Ausschlagung der Erbschaft beweist, daß er nicht Miterbe ist. Weder die Vorlage eines Erbscheins noch die Beibringung der Zustimmung der anderen Miterben kann ihm auferlegt werden.

4. PosMSchr. **13** 134 (Posen). Wenn die durch den Rezeß neu zu begründenden dinglichen Rechte, zu deren Entstehung sonst eine Eintragung im Grundbuche notwendig wäre, ohne solche Eintragung lediglich durch die Bestätigung des Rezesses zur Entstehung gelangen, so muß die gleiche absolute Wirkung der Rezeßbestätigung auch für den Untergang derjenigen Lasten und gegenüberstehenden Berechtigungen angenommen werden, deren Beseitigung der Rezeß bezweckt, gleichviel ob sie bisher durch Eintragung im Grundbuche gesichert waren oder nicht.

5. R. **14** Nr. 1468 (BayObLG.). Wird die Löschung einer Verfügungsbeschränkung wegen Ablebens des Alleinberechtigten beantragt, so ist sie ohne Zustimmung seiner Rechtsnachfolger abzulehnen, sofern die Möglichkeit besteht, daß im Prozeßwege die Fortdauer der Berechtigung festgestellt wird.

6. KGJ. **45** 215 (KG.). Die als eine besondere Maßnahme nicht zur Befrie-

digung eines Abfindungsanspruchs erfolgende und darum von dem Vorhandensein eines Teilnahmerechts unabhängige Überweisung vollzieht sich ohne weiteres kraft des Rezesses, gemäß der schon im § 170 Kgl. VO. vom 20. Juni 1817 als selbstverständlich vorausgesetzten, im § 77 Satz 2 PrGVO. und jetzt im Art. 12 Abs. 2 PrAGGBO. anerkannten Regel, daß der bestätigte Auseinandersetzungsrezeß die von ihm gewollten, im gesetzlichen Rahmen der Auseinandersetzung liegenden Rechtswirkungen, auch soweit sie in das Liegenschaftsrecht eingreifen, unmittelbar hervorbringt. Die Eintragung dient nur der Grundbuchberichtigung (Holzapfel aaO. 74 f., 137 f., derselbe, PrivR. im preuß. Auseinandersetzungsverf. 101 ff.; Güthe, Art. 12 AGGBO. Anm. 31 Abs. 3). Das in KGJ. **29** A 125 aE. geäußerte Bedenken kann mithin nicht als begründet anerkannt werden.

7. Reiß, Grenzrecht und Grenzprozeß 177. Grenzscheidungsurteile können, da ihr Inhalt die Feststellung des Eigentums bildet, nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. ... Eine eigentliche Vollstreckung kann demnach auch nicht aus rechtskräftigen Urteilen bewirkt werden, die eine Regelung der Grenze zum Inhalte haben. ... Beabsichtigt der Kläger, nach Rechtskraft des Urteils den Gegner aus dem Besitze des Grenzstreifens zu vertreiben, so muß er schon dem Grenzscheidungsantrage den Klagantrag aus § 985 BGB. anschließen. Im übrigen aber beschränkt sich die äußerliche Wirkung des Grenzscheidungsurteils darauf, daß es die Unterlage bildet für Änderungen der Grenzangaben in Kataster und Grundbuch. Es ist allgemein anerkannten Rechtens, daß das rechtskräftige Grenzscheidungsurteil — im Gegensatze zum Vergleiche — die Auflassung des Streitgegenstandes überflüssig macht und die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne des § 22 GBO. in der Weise nachweist, daß auf Grund seiner das Grundbuch ohne weiteres berichtigt werden kann, sofern nur die Zustimmung des Eigentümers beigebracht ist. Die endgültige Berichtigung des Katasters folgt dann auf Grund der Benachrichtigungen des Grundbuchamts an das Katasteramt nach.

8. Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke 102. Der Eigentümer kann die Genehmigung des Gläubigers nicht dadurch beweisen, daß der Gläubiger von ihm die Leistung angenommen hat, wie Güthe 559 in Vorschlag bringt, denn das muß der Gläubiger, selbst wenn er die Genehmigung zur Schuldübernahme ausdrücklich verweigert hatte.

9. Baer, BayNotZ. **15** 173. Nachweis der Gesamtgutseigenschaft bei Grundbuchberichtigung.

10. ElsLothJZ. **14** 18 (Colmar). Die Ausübung des Vorkaufsrechts des Miterben hat keine dingliche Wirkung, macht also das Grundbuch, in welchem die zum Nachlasse gehörigen Grundstücke noch auf den Namen des Erblassers eingetragen sind, nicht unrichtig.

III. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. **RG.** JW. **14** 413. Läßt der eine Ehegatte zum Gesamtgute gehörige Vermögensstücke bloß auf seinen Namen eintragen, so kann dies, wie zugegeben ist, zu einer Gefährdung der Interessen des anderen Ehegatten und insbesondere zu einer Umgehung der Vorschriften der §§ 1444 f. BGB. führen, wonach der Ehemann zu gewissen Rechtsgeschäften der Einwilligung der Ehefrau bedarf. Allein ein wirksamer Schutz etwa gefährdeter Interessen ist nicht vom Grundbuchrichter zu erwarten, schon deshalb nicht, weil er nur ausnahmsweise von dem Güterstande, in dem die Beteiligten leben, Wissenschaft haben wird. Der Erwägung, daß die gesetzlichen Vorschriften sich werden umgehen lassen, hat sich nach den Motiven auch der Gesetzgeber nicht verschlossen, nirgends aber tritt hervor, daß der Schutz der Interessen in die richterliche Hand hat gelegt werden sollen. Die Wahrung seiner Interessen ist die eigene Sache des Ehegatten, und von diesem Gesichtspunkte hat sich offenbar der Gesetzgeber leiten lassen, wenn er im § 1438 Abs. 2 und § 1519 Abs. 2 jedem Ehegatten das Recht gegeben hat,

von dem anderen die Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs zu verlangen. Dies dürfte auch als ausreichend erscheinen, weil regelmäßig die von dem einen Ehegatten abgeschlossenen Geschäfte dem anderen Ehegatten nicht unbekannt bleiben werden. Sodann aber stehen der Ansicht des KG. (JDR. **10** zu § 22 Ziff. IV 3 a) vor allem auch die gesetzlichen Vorschriften nicht zur Seite.... Wie für die allgemeine Gütergemeinschaft (§ 1438 Abs. 1), so bestimmt das BGB. auch für die Errungenschaftsgemeinschaft, daß alles, was der Mann oder die Frau während der Gemeinschaft erwirbt, gemeinschaftliches Gut beider Ehegatten (Gesamtgut) wird, und zwar werden (Abs. 2 aaO.) die einzelnen Gegenstände gemeinschaftlich, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf. Das Gesetz bringt hiermit klar zum Ausdrucke, daß es für die Wirkung des Rechtsgeschäfts ohne Bedeutung ist, ob es auf den Namen der Gemeinschaft oder nur auf den Namen des einen oder anderen Ehegatten abgeschlossen ist. Jeder Ehegatte kann unter seinem Namen mit Wirkung für die Gemeinschaft handeln, und indem das Gesetz das anerkennt, kann es nicht in seiner Absicht liegen, der grundbuchlichen Vollziehung solcher Geschäfte so, wie sie abgeschlossen sind, hindernd in den Weg zu treten. Nach der Auffassung des Gesetzes ist es der eine Ehegatte, der durch die Eintragung das Eigentum „erwirbt", wenn auch kraft Gesetzes und ohne weitere rechtsgeschäftliche Übertragung der Gegenstand mit dem Erwerbe gemeinschaftlich wird und also in das Gesamtgut fällt. . . . Mit der Eintragung des Erwerbes für den einen Ehegatten wird im Grundbuche nicht mehr zum Ausdrucke gebracht, als daß sich nunmehr in der Person dieses Ehegatten der rechtsgeschäftliche Erwerb vollzogen hat. Der Berichtigungsanspruch, den das Gesetz dem anderen Ehegatten gegeben hat, richtet sich nicht gegen die vollzogene Eintragung, sondern er zielt nur darauf ab, daß nunmehr auch die vom Gesetze mit der vollzogenen Eintragung verknüpfte weitere Folge im Grundbuche zur Beurkundung gebracht wird. Die Eintragung des auf einem wirksamen Rechtsgeschäfte beruhenden Erwerbes darf der Grundbuchrichter, wie mit Recht das BayObLG. in dem Beschlusse RJA. **4** 108 angenommen hat, nicht ablehnen, gleichviel, ob er von dem bestehenden Güterverhältnis und den daraus sich ergebenden Folgen Kenntnis hat oder nicht. Ob er berechtigt ist, dem anderen Ehegatten wegen des diesem nach § 1438 Abs. 3 BGB. zustehenden Berichtigungsanspruchs von der geschehenen Eintragung Nachricht zu geben, steht nicht zur Entscheidung.

2. **RG. 84** 326, HessRspr. **15** 103. Nach § 1519 BGB. wird gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut), was der Mann oder die Frau während der Errungenschaftsgemeinschaft erwirbt. Dabei werden nach §§ 1519 Abs. 2 und 1438 Abs. 2 die einzelnen Gegenstände gemeinschaftlich, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf. Hiernach kann der Mann unter seinem Namen selbständig und ohne Zustimmung der Frau mit Wirkung für das Gesamtgut handeln. Der Erwerb vollzieht sich dann zunächst in der Person des Mannes, aber das Eigentum wandelt sich in dem Augenblicke, wo es für den Mann entsteht, unmittelbar kraft Gesetzes in gütergemeinschaftliches Gesamteigentum um. Im vorliegenden Falle gehörte bereits zum Gesamtgute der durch den Kaufvertrag begründete Anspruch auf Auflassung, so daß nur noch das dingliche Erfüllungsgeschäft, die Auflassung selbst, ausstand. Erfolgt sie entsprechend dem Kaufvertrag auf den Namen beider Eheleute, so blieb das Grundbuch richtig und wurde nicht unrichtig. Für eine Grundbuchberichtigung war dann kein Raum, und daraus folgt, daß auf den Fall, wie er hier vorliegt, die Vorschriften der §§ 22 GBO. und 1438 Abs. 3 BGB. keine Anwendung finden können. Die erste Vorschrift verlangt, daß der, dessen Recht davon betroffen wird, der Berichtigung des Grundbuchs zustimmt, und auch die letzte Vorschrift verhält sich nur über die Grundbuchberichtigung, nämlich für den Fall, daß ein Recht, das im Grundbuch

eingetragen werden kann, gemeinschaftlich „wird". Aus dieser Bestimmung möchte vielleicht, was hier übrigens dahingestellt bleiben kann, zu folgern sein, daß es der Zustimmung der Frau bedarf, wenn der zunächst für den Mann gebuchte Erwerb nachträglich in Berichtigung des Grundbuchs als Gesamtgut eingetragen werden soll; dagegen geht es nicht an, jenen Vorschriften im Wege der entsprechenden Gesetzesauslegung über die Fälle der Grundbuchberichtigung hinaus ein erweitertes Anwendungsgebiet zu geben. Beantragt der Ehemann, das für ihn noch nicht gebuchte Eigentum sogleich für beide Eheleute als Gesamtgut einzutragen, so entspricht der gestellte Antrag, ohne daß eine Grundbuchberichtigung in Frage kommt, der Rechtslage. Die Frau ist den Rechtserwerb für sich abzulehnen gar nicht in der Lage, und ihre Zustimmung zu der Eintragung könnte daher sachlich kaum mehr als eine bloße Form sein. Der Verkehr würde unnötig erschwert, ohne daß dem Interesse der Frau gedient wäre. Was den Gesetzgeber bestimmt haben könnte, dennoch für den grundbuchlichen Verkehr die Zustimmung der Frau zu erfordern, ist nicht einzusehen. Das Gesetz macht es dem Manne mit dem in seine Hand gelegten Verwaltungsrechte zugleich zur Pflicht, im Interesse der Frau das Gesamtgut zu erhalten und zu sichern, und gerade diesem Zwecke dient die Eintragung im Grundbuche. Sodann aber und vor allem kommen die Vorschriften der §§ 1444 ff. BGB. in Betracht. Hiernach verlangt das Gesetz da, wo es für die dinglichen Erfüllungsgeschäfte der Einwilligung der Frau bedarf, überall auch die Einwilligung der Frau zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung. Dem Gesetze müßte der Vorwurf der Unstimmigkeit gemacht werden, wenn es umgekehrt die Einwilligung der Frau zwar nicht zu den obligatorischen Erwerbsgeschäften, wohl aber zu grundbuchlichen Erklärungen verlangen würde, die nichts anderes bezwecken, als den dinglichen Vollzug der mit Rechtswirkung für das Gesamtgut eingegangenen Geschäfte formell zum Abschlusse zu bringen. Hiernach war dem Beschlusse des BayObLG. zuzustimmen, und zwar ohne daß es des Eingehens auf die Frage bedurfte, ob in Fällen der vorliegenden Art der Mann als von der Frau stillschweigend bevollmächtigt anzusehen ist.

3. **RG. 84** 71. Der Grundbuchrichter darf bei Kenntnis von dem Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft die Umschreibung eines dem einen Ehegatten aufgelassenen Grundstücks auf dessen Namen nicht ablehnen, weil es zum Gesamtgute beider Eheleute gehört.

4. BayNotZ. **15** 150, BayObLG. **15** 111 (BayObLG.). Eine in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau kann ein Grundstück für das eheliche Gesamtgut nicht ohne Zustimmung des Mannes erwerben. Maßgebend ist die Vorschrift des § 22 Abs. 2 GBO., wonach die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers nur mit Zustimmung des Eigentümers erfolgen darf. Diese Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß niemand ohne seinen Willen als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden soll. Diese Erwägung trifft auch für den Fall zu, daß der Mann oder die Frau ein Grundstück, das Gesamtgut wird, erwerben und, bevor sie selbst als Eigentümer eingetragen sind, beantragen, den anderen Eheteil als Miteigentümer zur gesamten Hand einzutragen. Der erk. Sen. hat allerdings in dem Beschlusse vom 10. Juli 1913 (JDR. **12** zu § 22 Ziff. V 1) ausgesprochen, daß, da der Frau durch ihre Eintragung nur Vorteil und kein Nachteil erwächst, sie kein Interesse daran hat, daß der kraft Gesetzes eingetretene Rechtszustand im Grundbuche nicht zum Ausdrucke kommt.; es dürfe deshalb angenommen werden, daß die Frau mit ihrer Eintragung einverstanden und der Mann von der Frau stillschweigend bevollmächtigt ist; hiernach dürfe der Grundbuchrichter diese Bevollmächtigung des Mannes als offenkundig annehmen, solange er nicht einen Anhaltspunkt für eine gegenteilige Annahme hat. Diese Erwägungen treffen aber nicht zu für den Fall, daß die Frau den Antrag stellt, ihren Mann als Miteigen-

tümer zur gesamten Hand einzutragen; denn der Mann haftet dann für alle Verbindlichkeiten, die mit dem Grundstücke zusammenhängen, persönlich als Gesamtschuldner (§ 1459 BGB.); es kann ihm also durch die Eintragung ein Nachteil erwachsen und ist stillschweigende Bevollmächtigung der Frau nicht anzunehmen.

5. RJA. **13** 163, KGJ. **46** 256 (Darmstadt). Nach § 22 Abs. 2 GBO. darf die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers, sofern nicht der Fall des § 14 vorliegt — und dieser Fall ist nicht gegeben — nur mit Zustimmung des Eigentümers erfolgen. Hiernach wäre, wenn eine Eintragung auf den Namen des Mannes bereits erfolgt wäre, zur Berichtigung dahin, daß das Grundstück den Eheleuten als Gesamtgut der Errungenschaftsgemeinschaft gehört, die Zustimmung der Frau erforderlich. Die Vorschrift des § 22 Abs. 2 GBO. muß, wie Schwarz, HessRspr. **3** 167, zutreffend ausführt, auch in dem Falle entsprechende Anwendung finden, wenn das Grundstück von vornherein als Gesamtgut eingetragen werden soll. Die Zustimmung der Frau wäre nur dann entbehrlich, wenn im Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft der Mann berechtigt wäre, die Erklärung für die Frau abzugeben. Predari aaO. will dies allerdings annehmen; mit Güthe, GBO. § 34 Anm. 64, Staudinger, BGB. § 1443 Anm. 4, KGJ. **40** A 153 (KG.) und dem BayObLG. ist diese Annahme jedoch abzulehnen, denn das Wesen des Verwaltungsrechts des Mannes besteht darin, daß er für eigene Rechnung und jedenfalls im eigenen Namen tätig wird, während er Rechtsgeschäfte im Namen der Frau nicht wahrnehmen kann, und um ein solches Rechtsgeschäft der Frau handelt es sich hier.

6. *Bourier, BayNotZ. **14** 243 ff. Eine Berichtigung liegt nicht vor, wenn auf Grund der Auflassung an den in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Mann die Eintragung des Gesamthandseigentums der Eheleute erfolgen soll. — Der als Alleineigentümer eingetragene Mann kann kraft seines Verwaltungsrechts, das auch die Sorge für richtige Buchung des Gesamtguts einschließt, allein im eigenen Namen die Eintragung der Gesamtgutseigenschaft des Grundstücks beantragen und die hierzu nach § 22 Abs. 2 GBO. erforderliche Zustimmung des einzutragenden Eigentümers (der Eheleute, nicht bloß der Frau!) abgeben. Namens der Frau kann er nicht handeln. Eine vermutete Vollmacht läßt die GBO. nicht zu, noch weniger kennt sie eine Vermutung der Offenkundigkeit einer Tatsache; auch sachlich wäre eine solche Vermutung nicht gerechtfertigt (BayObLG. **14** 418 ff.).

7. Hirsch, DJZ. **14** 987. Daß die Eintragung auf den Namen des Ehemanns allein zulässig sei, wird allgemein mit der Erwägung begründet, daß das Bestehen der Gütergemeinschaft die Ehegatten nicht in ihrem rechtsgeschäftlichen Erwerbe beschränkt und daß das Grundbuchamt diesem rechtsgeschäftlichen Erwerbe seine Wirksamkeit durch Ablehnung der Eintragung auf den Namen des Erwerbers nicht nehmen dürfe, da hierdurch der kraft Gesetzes sich vollziehende Erwerb ebenfalls verhindert werde. Der andere Ehegatte könne nur Berichtigung des Grundbuchs nach § 1438 Abs. 3 BGB. verlangen. Demgegenüber stützt das KG. seine Auffassung auf die Erwägung, daß das Grundbuch durch die beantragte Eintragung unrichtig werde, und daß der Grundbuchrichter zur Herbeiführung einer solchen Unrichtigkeit infolge seiner Pflicht, das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage in Übereinstimmung zu erhalten, nicht mitwirken dürfe. Diese Auffassung, die die Pflicht des Grundbuchamts zur Herbeiführung materiell richtiger Eintragungen gegenüber dem privaten Interesse der Beteiligten in den Vordergrund rückt, verdient den Vorzug.

8. Baer, ZBlFG. **14** 570 (582). Nach der von den Grundbuchbehörden auch heute zum großen Teil noch festgehaltenen strengeren Auslegung des Gesetzes wird die Zustimmung der Frau verlangt in allen Fällen der Grundbuchberichtigung bei

Grundstücken des Gesamtguts, sei es nun, daß die Grundbuchberichtigung erforderlich ist, weil infolge der Entstehung des Güterstandes das Grundstück gemeinschaftlich Vermögen beider Ehegatten wird, sei es, weil der Mann Grundstücke zum Gesamtgute hinzuerwirbt. Zurzeit hat nun eine Bewegung eingesetzt, die in beiden Fällen die Zustimmung der Frau für entbehrlich erachtet und diesen Standpunkt auch als den dem Gesetz entsprechenden verficht. Bis zur Entscheidung durch die höheren Gerichte werden die Grundbuchämter gegenüber dieser Bewegung wohl an der Zustimmung der Form noch festhalten, wenn auch heute schon ersichtlich ist, daß die Bewegung Aussicht auf praktische Verwirklichung hat.

9. Krafft, BayRpflZ. **14** 81. Das BayObLG. (JDR. **12** zu § 22 Ziff. V 1) befaßt sich mit der Frage, ob der Ehemann, der mit seiner Frau in vertragsmäßiger allgemeiner Gütergemeinschaft nach BGB. lebt, für seine Frau wirksam den Antrag stellen kann, daß sie als Miteigentümerin eines Grundstücks eingetragen werde, ehe er noch selbst als Eigentümer eingetragen ist, und ob § 22 Abs. 2 GBO. ein Hindernis bildet. Die Entscheidung spricht sich für die Wirksamkeit des Antrags aus. Es soll hier nicht untersucht werden, ob das Ergebnis richtig ist. Jedenfalls ist die Begründung bedenklich. Die Entscheidung sagt, die Zustimmung der Frau selbst zur Eintragung sei allerdings notwendig, weil § 22 Abs. 2 GBO. entsprechend anzuwenden sei und nicht eine Verwaltungshandlung des Mannes hinsichtlich des Gesamtguts in Frage stehe; aber die Zustimmung sei als vorliegend zu erachten, weil mit Rücksicht auf die Sachlage als offenkundig anzunehmen sei, daß die Frau den Mann zur Erklärung ihrer Zustimmung stillschweigend bevollmächtigt habe. Und dies wird wieder daraus geschlossen, daß das ganze Interesse der Frau darauf gehe, daß sie als Miteigentümerin eingetragen werde. Die Frage ist aber nicht, was die Frau bei verständiger Würdigung der Sachlage tun würde, sondern was sie wirklich getan hat, nicht also, ob sie unter jener Voraussetzung Vollmacht erteilen würde, sondern ob sie dem Manne jene tatsächlich erteilt hat. Und diese Frage ist regelmäßig zu verneinen.

10. Die Entsch. des BayObLG. in JDR. **12** zu § 22 Ziff. V jetzt auch KGJ. **46** 251.

11. HessRspr. **15** 202 (Darmstadt). Die Umschreibung eines Grundstücks auf den Namen der Erben ist nur mit Zustimmung aller Miterben zulässig.

12. Baer, ZBlFG. **14** 570 (576). Es besteht im allgemeinen kein Anlaß, an der Zustimmung sämtlicher Miterben zum Eintrag im Grundbuche festzuhalten, wie dies noch in der Entscheidung des KG. vom 29. September 1902 (RJA. **3** 199) ausgeführt ist. Die Entbehrlichkeit der Zustimmung der neu einzutragenden Eigentümer hat nun auch das KG. in seiner Entscheidung vom 16. Januar 1911 (RJA. **11** 125) für den Fall der Grundbuchberichtigung auf Antrag eines Testamentsvollstreckers angenommen. Es führt dort aus, daß der Gesichtspunkt, aus dem der § 22 GBO. in die GBO. aufgenommen wurde, dann nicht zutreffe, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs auf Erbgang beruhe, da der einzutragende Eigentümer den öffentlichen Pflichten sich auch ohne Eintrag im Grundbuche nicht entziehen kann. Dieser Grundgedanke der Entscheidung verdient als allgemeiner Grundsatz bei Grundbuchberichtigungen, in denen der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs bereits durch öffentliche Urkunden geführt ist, angewendet zu werden. Für den analogen Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat denn auch die Grundbuchpraxis schon bisher ohne weiteres diesen Standpunkt eingenommen und von der Zustimmung der Abkömmlinge bei Grundbuchberichtigung auf Antrag des überlebenden Ehegatten abgesehen.

§ 23. 1. RheinARB. **32** 75 (LG. Cöln). Nach § 22 GBO. bedarf es zur Berichtigung des Grundbuchs der Bewilligung des Berechtigten nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. In §§ 23, 24 sind für eine solche Berichtigung noch

Sondervorschriften enthalten, die eine gewisse Erschwerung der Berichtigung für die Fälle schaffen, in denen die Berichtigung innerhalb eines in diesen Bestimmungen näher normierten Zeitraums von einem Jahre vorgenommen wird. Diese Bestimmungen der §§ 23 u. 24 können aber nur dann Anwendung finden, wenn begrifflich bei den in Frage kommenden Rechten Rückstände von Leistungen möglich sind (vgl. G ü t h e, GBO. [3] § 23 Anm. 5 u. 6). Eine solche Möglichkeit des Vorhandenseins von Rückständen der geschuldeten Leistung ist aber bei V o r b e m e r k u n g e n nicht vorhanden (G ü t h e aaO.).

2. F r ä n k e l, BayNotZ. **15** 139. Löschung alter Wohnungsrechte.

3. Die Entsch. des KG. — JDR. **12** zu § 23 Nr. 1 — jetzt auch RJA. **13** 59.

§ 24. 1. ElsLothNotZ. **14** 34 (Colmar). Wenn eine Sicherungshypothek auf die Dauer einer bestimmten Zeit, vom Tage der Eintragung an, eingetragen ist, so ist zur Löschung dieser Hypothek die Bewilligung des Gläubigers erforderlich, wenn sie vor Ablauf eines Jahres, vom Endzeitpunkt an gerechnet, betätigt werden soll, es sei denn, daß mit der Hypothek zugleich der Vermerk eingetragen wurde, nach Ablauf der angegebenen Zeit genüge zur Löschung der Hypothek der Antrag des Grundstückseigentümers.

2. M a y e r, BadNotZ. **15** 302. Zur Eintragung der Belastung eines Grundstücks ist die Eintragungsbewilligung des E i g e n t ü m e r s erforderlich und genügend. Frühestens mit der Eintragung entsteht die Belastung, ihr Gegenstand ist das Eigentum; eine zur Entstehung der Belastung mitwirkende Eintragungsbewilligung des G l ä u b i g e r s ist begrifflich unmöglich, denn es fehlt dieser Bewilligung der Gegenstand, der von ihr passiv betroffen werden soll. Danach ist auch zur Löschungsklausel auf den Todesfall und entsprechend zu der Klausel nach § 24 GBO. die Eintragungsbewilligung des Eigentümers erforderlich und genügend, wenn diese Klauseln gleichzeitig mit der Eintragung des Rechtes selbst eingetragen werden, entgegen der Auffassung des KG.

§ 25. 1. RJA. **13** 132, OLG. **29** 403 (KG.). M i t U n r e c h t beschränken die Vorinstanzen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den Fall, daß die aufhebende Entscheidung gegenüber den s ä m t l i c h e n eingetragenen Berechtigten ergangen ist. Allerdings wird in der Regel der eingetragene Berechtigte mit der Person identisch sein, welche die einstweilige Verfügung beantragt hat und gegen welche daher auch die aufhebende Entscheidung ergangen ist. Es besteht aber weder nach dem Wortlaute noch nach dem Sinne des § 25 GBO. genügender Anlaß, diesen Paragraphen für unanwendbar zu erklären, wenn der Widerspruch nicht nur zugunsten des Verfügungsklägers, sondern gemäß der zu Recht oder Unrecht in solchem Umfang erlassenen einstweiligen Verfügung zugunsten eines den Verfügungskläger umschließenden weiteren Kreises von Berechtigten eingetragen ist.

2. KGJ. **46** 200 (KG.). Wenn es auch für § 25 GBO. nicht erforderlich ist, daß die Eintragung sich ausdrücklich als „auf Grund der einstweiligen Verfügung" ergangen bezeichnet (vgl. G ü t h e § 25 Anm. 25), so genügt es doch n i c h t, daß die Eintragung „irgendwie erkennbar direkt oder indirekt die Folge der einstweiligen Verfügung gewesen ist". Es muß vielmehr mindestens nach den Grundakten zweifellos sein, daß die Grundlage der Vorbemerkung die einstweilige Verfügung ist (P r e d a r i § 25 Anm. 4).

3. *F u c h s, LeipzZ. **14** 3 ff. Durch die Aufhebung der einstweiligen Verfügung im Falle des § 25 GBO. wird das Grundbuch insofern unrichtig, als die bis dahin wirksame Vormerkung innerhalb des Grundbuchs erlischt.

§ 27. 1. B a e r, ZBlFG. **14** 570 (578). Die häufigsten Fälle der Anwendung dieser Gesetzesstelle, in denen die Entstehung der Eigentümergrundschuld kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, sind die, d a ß G r u n d s t ü c k s t e i l e v o n d e m b e l a s t e t e n G r u n d s t ü c k a b g e t r e n n t w e r d e n. Infolge der auf dem

alleinigen Willen des Grundstückseigentümers beruhenden Teilung des belasteten Grundstücks entsteht aus der bisherigen einheitlichen Hypothek eine Gesamthypothek auf den einzelnen Teilstücken. Dies kommt grundbuchtechnisch dadurch zum Ausdrucke, daß die Hypothek unter Bezeichnung der nunmehrigen Mitbelastung mit der Hypothek auf der alten Plannummer auf das für das Trennstück anzulegende Grundbuchblatt nochmals eingeschrieben wird, sofern nicht der Hypothekgläubiger das Trennstück aus der Pfandhaftung entläßt. Wird die Hypothek nicht mit übertragen, so gilt sie als gelöscht (§§ 47 u. 49 GBO.). In allen diesen Fällen müßte nach der Vorschrift des § 27 Abs. 1 GBO. zur pfandfreien Übertragung eines Grundstücksteils, kurz zur Entpfändung, die ausdrückliche Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Löschung der Hypothek auf dem abgetrennten Grundstücksteile gefordert werden, wenn man nicht im Wege einer künstlichen Auslegung der Parteierklärungen, wie dies das BayObLG. 7 n. F. 433 getan hat, eine solche Zustimmung in dem Antrag auf Vollzug des übrigen Teiles des Rechtsgeschäfts finden will. Die erste Bresche in der Anwendung des § 27 Abs. 1 GBO. auf alle Fälle der Hypotheklöschungen legte die genannte Entscheidung, indem sie aufstellt, daß die Zustimmung des Eigentümers nur bei selbständigen Löschungen vorgeschrieben sei, nicht aber in den Fällen, in denen durch einen Verzicht des Hypothekgläubigers die Hypothek kraft Gesetzes erlösche, die Eintragung des Verzichts, zu der es der Zustimmung des Eigentümers nicht bedürfe, deshalb nicht eine Löschung sei, sondern nur mittelbar die Bedeutung einer Löschung hat, weil sich aus ihrem unmittelbaren Inhalte, dem Verzichte, das Erlöschen der Hypothek als Rechtsfolge von selbst ergebe. Diese Auffassung teilt nun auch das RG. Das KG. hält an der feinen juristischen Unterscheidung zwischen Löschungen infolge Verzichts und infolge Löschungsbewilligung des Hypothekgläubigers fest, wenn auch mit dem Hinweise, daß der Unterschied zwischen beiden zunächst nur ein formaler sei.

2. OLG. **29** 258 (KG.). Der gemäß § 1911 BGB. bestellte Abwesenheitspfleger bedarf zur Bewilligung der Löschung einer Hypothek der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts; das folgt aus § 1915 BGB. mit § 1812 (KGJ. **24** 20, **42** 215). Neben einer rechtskräftigen Verurteilung zur Löschungsbewilligung darf aber die Genehmigung nicht verlangt werden. .. Die Vorinstanzen sprechen dem Urteile die ihm sonst zukommende Wirkung deshalb ab, weil es auf Grund eines Anerkenntnisses des Pflegers ergangen ist. Eine solche Unterscheidung ist nicht gerechtfertigt.

3. BayNotZ. **15** 352 (LG. München II). Eine Hypothek darf nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers gelöscht werden, auch wenn die Entstehung einer Eigentümerhypothek nicht in Frage kommt.

§ 28. ElsLothJZ. **14** 30 (Colmar). Die Grundstücke, deren Umschreibung im Grundbuche beantragt ist, sind als selbständige Grundstücke im Grundbuch eingetragen und in der Eintragungsbewilligung übereinstimmend mit dem Grundbuche bezeichnet. Weitere Erfordernisse können dem Gesetze nach (§§ 28, 2 Abs. 2 GBO.) an die Eintragungsbewilligung hinsichtlich der Grundstücksbezeichnung nicht gestellt werden.

§ 29. I. Öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden. 1. a) RheinARB. **32** 46, DNotV. **14** 57 (Düsseldorf). Der beurkundende Notar oder Richter ist nicht unbedingt für die Geschäftsfähigkeit der Personen, deren rechtsgeschäftliche Erklärungen er aufnimmt, verantwortlich. Der Notar oder Richter ist in vielen Fällen gar nicht in der Lage, die Geschäftsfähigkeit mit Sicherheit festzustellen, z. B. ob eine Person, selbst eine ihm bekannte oder unzweifelhaft legitimierte Person, nicht etwa wegen Trunkenheit oder einer geistigen Erkrankung entmündigt ist. Es kann der Urkundsperson auch nicht zugemutet werden, ohne bestimmten Anlaß an jeden Beteiligten Fragen in diesem Sinne zu stellen. Das Gesetz

verlangt auch die Feststellung der Geschäftsfähigkeit in der Urkunde nicht. Im § 176 FGG. ist vorgeschrieben, daß der Richter oder Notar im Protokoll eine Angabe darüber aufnehmen „soll", ob er die Beteiligten kennt oder in welcher Weise er sich „Gewißheit über ihre Persönlichkeit" verschafft hat. Es besteht kein Zweifel mehr darüber, daß diese „Sollvorschrift" eine bloße Ordnungsvorschrift ist, deren Nichtbeachtung die Beurkundung nicht nichtig macht. Es ist auch dem verständigen Ermessen der Urkundsperson überlassen, in welcher Weise sie sich die Gewißheit verschaffen will, z. B. ist für ausreichend erklärt: Vorstellung durch den Gegenkontrahenten (OLG. **10** 40), Vorlegung eines Grundbuchpapiers (OLG. **17** 369). Aber es handelt sich hier nur um die „Gewißheit über die Persönlichkeit", nicht um die Geschäftsfähigkeit. Daß die Urkundsperson diese noch daneben festzustellen habe, besagt das Gesetz nicht. Es ist nun selbstverständlich, daß der Notar oder Richter keine Erklärungen der Erschienenen beurkunden darf, wenn er weiß, daß eine der beteiligten Personen nicht geschäftsfähig ist. Dies ergibt sich schon aus der Stellung dieser Beamten als öffentlich bestellter und mit öffentlichem Glauben versehener Urkundspersonen. Daraus folgt, daß sie wenigstens insoweit ihre Aufmerksamkeit auch auf die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten zu richten haben, daß sie erwägen, ob sich Zweifel gegen sie ergeben. Dies ergibt sich auch aus Art. 40 PrFGG., wo bestimmt ist, daß, wenn der Richter oder Notar bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts Wahrnehmungen macht, welche Zweifel über die Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten begründen, er diese Zweifel den Beteiligten mitteilen und den Inhalt der Mitteilung sowie die Gegenerklärung der Beteiligten in das Protokoll aufnehmen und bei offenbarer Ungültigkeit des Geschäfts sogar die Beurkundung ablehnen soll. Diese Pflicht hat nach dem Artikel 40 der Urkundsbeamte nur, wenn er Wahrnehmungen macht, die wirklich Zweifel begründen; wenn er dagegen solche Wahrnehmungen gar nicht macht, dann fällt auch seine Verpflichtung fort. Es ist selbstverständlich und in der Stellung des Urkundsbeamten begründet, daß das Nichtmachen von solchen Wahrnehmungen nicht auf Fahrlässigkeit beruhen darf. Hat er bei der Prüfung der Geschäftsfähigkeit in dem oben bezeichneten Umfange nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet, dann kann er sich nicht darauf berufen, daß er Wahrnehmungen, die Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten begründen konnten, nicht gemacht hat. **b)** Seeliger, PosMSchr. **14** 31. Nach heutigem Rechte wird man in Abweichung vom KG. (KGJ. **35** A 201), das bisher die Fälle der unterbliebenen Beurkundung der Feststellung der Geschäftsfähigkeit den Fällen mit solcher urkundlichen Feststellung nicht schlechthin gleichstellt, aber mit Predari, GBO. (2) § 29 Anm. 3 u. 10, Arnheim, GBO. (2) § 29 Anm. 85, Güthe, GBO. (3) Anm. 114, Schlegelberger, PrFGG. (2) Art. 40 Anm. 2c und Weißler, FGG. § 176 Anm. 2 anzunehmen haben, daß gerichtliche oder notarielle Protokolle oder Beglaubigungsvermerke, die über die Geschäftsfähigkeit des Beteiligten nichts enthalten, erst nach pflichtgemäßer Feststellung der vollen Geschäftsfähigkeit der Beteiligten durch die Urkundsperson aufgenommen worden sind und daß demgemäß solche Protokolle und Beglaubigungsvermerke denen, welche die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten ausdrücklich verlautbaren, völlig gleichzustellen sind. Trifft dies zu, dann wird man die vom KG. für den Fall ohne urkundlichen Geschäftsfähigkeitsvermerk entwickelten Grundsätze (KGJ. **20** A 277, **35** A 199, DNotV. **11** 560) auch auf die Fälle mit ausdrücklicher Beurkundung der Geschäftsfähigkeit anzuwenden haben. Der Grundbuchrichter wird demnach einer eignen Erörterung der von der Urkundsperson urkundlich festgestellten Geschäftsfähigkeit dann nicht überhoben sein, wenn er nach seiner freien richterlichen Überzeugung begründete Zweifel an der Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten hat, gleichviel ob diese Zweifel in dem gesamten vorliegenden Urkundenstoffe oder in Unterredungen des Grundbuchrichters mit den Beteiligten

oder in erheblichen gegen die Geschäftsfähigkeit sprechenden gerichtskundigen Tatsachen (z. B. schwebendes Entmündigungsverfahren) ihre Grundlage finden.

2. **RG.** DNotV. **14** 339. Der Notar muß persönlich verhandeln. Vorlesen des Protokolls genügt nicht.

3. **RG.** WarnE. **14** 391. Es mag für den rechtsgeschäftlichen Verkehr davon auszugehen sein, daß die Firma in der Regel ohne Abkürzungen gebraucht werden soll (**RG. 56** 419). Dem Erfordernisse der Schriftlichkeit ist aber jedenfalls genügt, wenn eine solche Namensunterschrift vorliegt, die zur Individualisierung des Unterzeichners ausreicht (vgl. Oertmann, Allgemeiner Teil, Bem. 3 a b y y 1 zu § 126). Auch die nicht völlig genaue Wiedergabe der Firma kann nach der gegebenen Sachlage unschädlich sein (**RG. 47** 157).

4. a) **RG.** WarnE. **14** 340. Für die gerichtliche und notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts gelten nach § 168 FGG. die §§ 169—182 daselbst, und auf die Beurkundung durch einen gemäß Art. 12 § 2 PrAGBGB. bestimmten Beamten finden dieselben Vorschriften, soweit sie in den §§ 169—180 enthalten sind, entsprechende Anwendung. Insbesondere gelten auch für diese Beurkundung die Vorschrift des § 175, daß über die Verhandlung ein Protokoll aufzunehmen sei, und die Vorschriften im § 177, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden müsse, und daß im Protokolle festgestellt werden müsse, daß dies geschehen sei. **b)** SchlHolstAnz. **14** 152 (Kiel). Das Protokoll muß vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben, auch im Protokolle festgestellt werden, daß dies geschehen sei. Damit ist aber nicht, wie der Kläger meint, das Erfordernis aufgestellt, daß im Protokoll ausdrücklich gesagt sein müsse, die Beteiligten hätten „eigenhändig" unterschrieben. Es ist vielmehr als genügend anzusehen, wenn die Beteiligten nur tatsächlich eigenhändig unterschrieben haben und dies aus dem Protokolle klar hervorgeht. **c)** Josef, BadNotZ. **11** 54. Sind bei einer rechtsgeschäftlichen Beurkundung mehrere beteiligt, so ist das Protokoll von sämtlichen Beteiligten zu unterzeichnen. Fehlt eine oder einzelne Unterschriften, so ist die Beurkundung nicht etwa wegen Verstoßes gegen § 177 Abs. 1 FGG. gänzlich unwirksam, sondern sie ist behufs Aufrechterhaltung der Wirksamkeit so zu behandeln, als ob nur diejenigen Beteiligten, die die Urkunde unterzeichnet haben, die Beurkundung beantragt hätten und als ob der Notar nur die Beurkundung der Erklärungen dieser Beteiligten beabsichtigt hätte. Daher sind die Erklärungen derjenigen Beteiligten, die die Urkunde unterzeichnet haben, als rechtswirksam beurkundet anzusehen. Ob ihnen materielle Wirksamkeit zukommt oder ob sie wegen des Fehlens der Unterschriften anderer Beteiligter wirkungslos sind, läßt sich nicht einheitlich entscheiden, hängt vielmehr von dem Inhalte der abgegebenen Erklärungen ab. Hat der Notar durch seine Unterschrift das Protokoll abgeschlossen, also die Beurkundungsverhandlung beendigt, so ist eine nachträgliche Unterschrift des Beteiligten ausgeschlossen, da die Urkunde hierdurch inhaltlich geändert, zu einer anderen Urkunde würde, eine solche Änderung der abgeschlossenen öffentlichen Urkunde aber unzulässig ist. **d) RG.** R. **14** Nr. 825. Der Verzicht der Beteiligten auf die vorgeschriebene Vorlesung, auch der Anlagen, ist wirkungslos.

5. **a)** Frese, R. **14** 281. Die Feststellung der Persönlichkeit bei Beurkundungen. **b)** Die Entsch. des **RG.** JDR. **12** zu § 29 Ziff. I 1 auch Gruchots Beitr. **58** 493.

6. SchlHolstAnz. **14** 152 (Kiel). Für die Beifügung der Schrift als Anlage zum Protokoll ist lediglich erforderlich, daß einmal die Beteiligten den Willen haben, die Schrift als Anlage beizufügen, und sodann, daß dieser Wille nach außen erkennbar in die Erscheinung tritt. Einer besonderen Erklärung im Protokolle, daß die Schrift als „Anlage" beigefügt werde, bedarf es nicht.

7. a) Josef, BadNotZ. 14 209/253 (258). Der Notar, der im Vorstand einer juristischen Person ist, kann die von den anderen Vorstandsmitgliedern oder von Dritten in Angelegenheiten der juristischen Person abgegebenen Erklärungen rechtsgeschäftlichen Inhalts beurkunden. Denn bei ihnen regelt sich die Ausschließung nach den §§ 170, 171 FGG., und diese enthalten keine Vorschrift, wie die des § 6 Ziff. 1 FGG., wonach der Notar ausgeschlossen ist von der Beurkundung in Angelegenheiten, in denen er als Vertreter eines Beteiligten bestellt ist. ... Die Ausschließung des Notars von der Unterschriftsbeglaubigung regelt sich zufolge der Landesgesetze nach § 6 FGG., dessen Ziff. 1, wie die Nebeneinanderstellung der Beteiligten und des Mitberechtigten oder Mitverpflichteten ergibt, als Beteiligten den ansieht, der an der Angelegenheit materiell interessiert ist. Der Notar ist also von der Unterschriftsbeglaubigung schon ausgeschlossen, wenn er Mitgläubiger oder Mitschuldner des unterschreibenden Beteiligten ist, mag dies Verhältnis auch nach außen nicht hervortreten. Der Notar ist um so mehr im Sinne der Ziff. 1 beteiligt, wenn er selbst inhalts der Urkunde der an der Rechtsangelegenheit materiell Interessierte ist, und ebenso nach Ziff. 2—4 ausgeschlossen, wenn die zu beglaubigende Erklärung seine oder seiner Angehörigen Rechtsangelegenheiten oder die einer Person betrifft, als deren Vertreter er bestellt ist. Ist also der Notar im Vorstand einer juristischen Person, so ist er ausgeschlossen von der Beglaubigung der Erklärungen, die die Mitvorsteher oder Dritte in Angelegenheiten der Gesellschaft abgeben. Denn beteiligt im Sinne der Ziff. 4, also materiell interessiert, ist hier die juristische Person, als deren Vertreter der Notar bestellt ist. b) Grofebert, DNotV. 14 343. Kann ein Notar Beurkundungen für eine Genossenschaft vornehmen, deren Mitglied er ist?

8. ZBlFG. 15 206 (KG.). Einschaltungen in einer Ausfertigung durch Randvermerke, die sich in der Urschrift nicht finden, müssen sich als Ausfertigungsrandvermerke zweifelsfrei darstellen.

9. KGJ. 46 8 (KG.). Wird in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Gerichtsschreiber zugezogen, so ist auch dieser Urkundsperson und gleich dem Richter für die Richtigkeit des Protokollinhalts verantwortlich, wenn auch in erster Linie dem Richter die Aufgabe zufällt, die Wortfassung der protokollarischen Beurkundung zu bestimmen.

10. Krause, DNotV. 14 662. Wenn bei einer Hypothek die Unterwerfung des jeweiligen Eigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Grundbuch eingetragen werden soll (§ 800 ZPO.), so bedarf es dazu der Errichtung und Vorlegung der notariellen oder gerichtlichen Urkunde. Dasselbe gilt nach der Praxis des KG. (KGJ. 42 A 261) auch bei Abänderungen von Hypothekenbestimmungen, wenn das Schuldverhältnis auch für die Zinserhöhungen und neuen Fälligkeitsbestimmungen der sofortigen Zwangsvollstreckung unterstehen soll. Dies wird häufig nicht beachtet, und es werden sogar in überwiegender Mehrzahl Abänderungsurkunden in nur beglaubigter Form vorgelegt, auch wenn das bisherige Schuldverhältnis der sofortigen Zwangsvollstreckung unterstand, darunter sogar solche, in denen ausdrücklich gesagt ist, daß die übrigen Bestimmungen einschließlich der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bestehen bleiben sollen.

11. ElsLothNotZ. 14 219 (Colmar). Wenn Brautleute in einem Ehevertrag allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart haben, muß dem Grundbuchamte mit dem Antrag auf Eintragung ihrer Grundstücke als Gesamtgut die Eheschließung durch öffentliche Urkunde nachgewiesen werden.

12. a) Die Entsch. des KG. in JDR. 12 zu § 29 Ziff. I 5 auch OLG. 29 405. b) Josef, R. 14 130. Die §§ 16, 17 KonsOG. vom 8. November 1867, wonach

der Konsul zuständig ist zur Aufnahme von Urkunden über Rechtsgeschäfte, die die Bundesangehörigen errichten (schließen), verstehen zwar unter Rechtsgeschäft jede für den Rechtsverkehr erhebliche Erklärung, jedoch, wie die sprachliche Auslegung der eben hervorgehobenen Worte ergibt, nur sofern dem Konsul bei Feststellung des materiellen Inhalts der Urkunde eine Mitwirkung obliegt. Eine solche fand aber nach den zur Zeit des Erlasses jenes Gesetzes geltenden Rechten bei der Unterschriftsbeglaubigung nicht statt; diese erfolgte vielmehr schon damals entweder in der Form eines bloßen Beglaubigungsvermerks oder in Form eines Protokolls, das lediglich die Echtheit der Unterschrift bezeugte, mit dem materiellen Inhalte der unterschriebenen Urkunde aber keinen Zusammenhang hatte. Danach fällt die Unterschriftsbeglaubigung nicht unter die §§ 16, 17, sondern als bloßes Zeugnis unter § 15, so daß der Konsul auch die Unterschrift eines Ausländers beglaubigen kann und bei der Beglaubigung Zeugenbeizug nicht erforderlich ist.

13. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 176, WarnE. **13** 469. Ein notarieller Vertrag liegt nicht vor, wenn die Vertragsteile durch andere Personen lediglich das zu notariellem Protokoll erklären lassen, was sie formlos vereinbart haben.

II. Vollmacht. 1. ElsLothNotZ. **14** 311 (Colmar). Der von einem Testamentsvollstrecker zur Einziehung von Nachlaßforderungen und zu Löschungsbewilligungen Beauftragte und Bevollmächtigte verliert die Rechte aus der Vollmacht nicht mit der Niederlegung des Amtes des Testamentsvollstreckers. Des Nachweises des Fortbestehens der Vollmacht bedarf es nicht, wenn anzunehmen ist, daß der Beauftragte nach Beendigung des Auftragsverhältnisses von der Vollmacht keinen Gebrauch mehr macht.

2. KGJ. **45** 12, OLG. **29** 306 (KG.). Reine Vollmachtsurkunden sind keine Protokollanlagen im Sinne des § 176 Abs. 2 FGG. Sie werden durch den Ausfertigungsvermerk nicht gedeckt, sind vielmehr, falls sie der Ausfertigung oder dem Auszug in Abschrift beigefügt werden, zu beglaubigen.

III. Urkunden öffentlicher Behörden. 1. Im allgemeinen. SchlHolstAnz. **14** 316 (LG. Kiel). Öffentliche Behörden haben lediglich das Recht, in eigenen Angelegenheiten rechtsgeschäftliche Erklärungen ohne die sonst erforderliche gerichtliche oder notarielle Beglaubigung abzugeben. Dagegen sind sie zur Beglaubigung von Erklärungen einer Privatperson oder einer anderen Behörde nicht befugt (vgl. Güthe, GBO. [2] 633 Anm. 36 zu § 29).

2. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. a) OLG. **29** 371 (Dresden). Für den Grundstückseigentümer mag die Umwandlung eines Grundpfandes aus der einen Form in die andere unter Umständen eine Verfügung über das Grundstück in sich schließen und deshalb nach § 1821 Nr. 1 genehmigungsbedürftig sein, wenn der Eigentümer durch einen Vormund (Pfleger) vertreten wird. Auf seiten des Gläubigers dagegen liegt dabei immer nur eine Verfügung über das Grundpfand selbst vor. Zu den „Rechten an Grundstücken" gehören aber nach § 1821 Abs. 2 nicht Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, so daß eine Genehmigung der vereinbarten Umwandlung nur nach einer der übrigen Vorschriften im § 1821 oder nach § 1822 erforderlich sein könnte. Von diesen Vorschriften schlägt indessen keine ein, auch diejenige im § 1822 Nr. 13 nicht, da durch die Umwandlung der Hypothek die für die Forderung des Mündels bestehende Sicherheit weder aufgehoben noch gemindert wird. **b)** ElsLothNotZ. **14** 174, ElsLothJZ. **14** 376 (Colmar). Durch die in einem Vertrage, den ein Mündelvertreter ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abgeschlossen hat, enthaltene Bestimmung: „Die Beteiligten beantragen die Mitteilung des Genehmigungsbeschlusses zu Händen des unterzeichneten Notars, womit die Bekanntmachung nach § 1829 BGB. und § 29 GBO. als bewirkt gelten soll", — und die dann erfolgte Anheftung des fraglichen Beschlusses an die Urschrift der

Vertragsurkunde, wird den bezeichneten Gesetzesvorschriften nicht genügt. c) ElsLothNotZ. 14 213 (Colmar). Durch die in einem Versteigerungsprotokolle, bei der ein Mündelvertreter ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts als Versteiglasser mitgewirkt hat, enthaltene Bestimmung: „Es gilt zwischen den Versteiglassern bzw. deren Vertreter und den Ansteigerern ausdrücklich als vereinbart, daß mit dem Eingang der Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses des Vormundschaftsgerichts hinsichtlich gegenwärtiger Versteigerung beim unterzeichneten Notar die Genehmigung als für alle Beteiligten geschehen betrachtet und wirksam sei —" und die Vorlage der an den Notar gerichteten Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses an das Grundbuchamt, wird den Vorschriften des § 1829 BGB. nicht genügt. d) ElsLothNotZ. 14 301 (Colmar). Durch die in einem Vertrage, den Mündelvertreter ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abgeschlossen haben, enthaltene Bestimmung: „Die Pfleger der beteiligten Minderjährigen bedürfen zu den vorstehenden Verträgen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die von ihnen den übrigen Beteiligten mitgeteilt werden muß. Die letzteren erklären, daß diese Mitteilung an sie erfolgt ist, sobald der Genehmigungsbeschluß des Vormundschaftsgerichts nach Bekanntgabe an die Pfleger dem Notar ausgehändigt und der gegenwärtigen Urkunde beigeheftet ist, um mit ihr in Ausfertigung oder Auszug dem Grundbuchamte vorgelegt zu werden" und die Vorlage an das Grundbuchamt einer vom Notar gefertigten und beglaubigten Abschrift der seiner Urkunde angehefteten Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses, auf dem der Gerichtsschreiber die Mitteilung an die Pfleger bestätigt hat, wird dem § 1829 BGB. nicht genügt. e) BadNotZ. 14 118. Die Zustimmung des elterlichen Gewalthabers-Witwers namens seines minderjährigen Kindes zur Verfügung über ein zum Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehöriges Grundstück bedarf der vormundschaftlichen Genehmigung. f) BayObLG. 14 624. Die Zustimmung eines am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligten verheirateten weiblichen Abkömmlinges zu Verfügungen über das Gesamtgut bedarf der Einwilligung des Ehemanns. Daher muß das Vormundschaftsgericht, wenn es jene Zustimmung für notwendig erachtet und ersetzen will, nicht bloß die Zustimmung der Frau, sondern auch die des Mannes ersetzen. g) ZBlFG. 14 600 (Dresden). Der Inhaber der elterlichen Gewalt bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn er bei dem Erwerb eines Grundstücks für das Kind eine auf dem Grundstücke hypothekarisch lastende Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. Der Beschluß des RG. vom 8. Juli 1908 (**RG. 69** 177 ff.), auf den sich der Beschwerdeführer bezieht, steht hiermit nicht in Widerspruch. Denn die Rechtsstellung des Mannes bei der Verwaltung des Gesamtguts und diejenige des Inhabers der elterlichen Gewalt bei der Verwaltung des Kindesvermögens weisen wesentliche Verschiedenheiten auf. Dem Manne steht die Verwaltung des Gesamtguts als Haupt der ehelichen Gemeinschaft kraft eigenen Rechtes zu (vgl. Mot. IV 349), und er führt bei der Verwaltung vor allem seine eigenen Geschäfte. Ebenso wie daher der Mann der Frau für die Verwaltung des Gesamtguts nicht verantwortlich ist (§ 1456 Satz 1 BGB.), wird die Frau durch Verwaltungshandlungen des Mannes weder Dritten noch dem Manne gegenüber verpflichtet (§ 1443 Abs. 2 BGB.), so daß eine Zustimmung der Frau zu der vom Manne erklärten Übernahme einer fremden Verbindlichkeit gar nicht in Frage kommen kann. Ganz anders der Inhaber der elterlichen Gewalt. Er verwaltet fremdes Vermögen und handelt dabei gewissermaßen als gesetzlicher Vormund des Kindes. Denn seine Verpflichtung zur Sorge für das Vermögen des Kindes beruht auf dessen Schutzbedürftigkeit. Der Vater und die Mutter unterliegen deshalb bei der Verwaltung des Kindesvermögens grundsätzlich den gleichen Beschränkungen wie ein Vormund, und wenn sie auch in gewissen Richtungen freier gestellt sind wie der Vormund

und so insbesondere zum entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts an und für sich nicht bedürfen, so ist doch ihre Rechtsstellung, wie dies auch in der Natur der Sache begründet erscheint, nicht annähernd eine so freie, wie die des Mannes bei der Verwaltung des Gesamtguts. So wird denn auch überwiegend angenommen, daß dazu die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist (vgl. Staudinger, Anm. II 9 zu § 1643; Planck, Anm. 10 zu § 1822 BGB.; Predari [2] 361; KGJ. **24** A 103, 28 A 6; RJA. 4 82 [BayObLG.]; unentschieden OLG. **21** 287 [Colmar[; aM. RGRKomm., Anm. 1 c zu § 1643 BGB., und Güthe, GBO. [3] 1660 unter Bezugnahme auf den, wie dargelegt, nicht einschlagenden Beschluß des RG.; Arnheim, Anm. 25 zu § 30 GBO.).

3. Bescheinigungen des Vollstreckungsgerichts. R. **14** Nr. 975 (KG.). Bescheinigungen des Vollstreckungsgerichts darüber, daß eine Hypothek bei der Versteigerung (§ 844 ZPO.) dem Ersteher übereignet worden sei, haben die Bedeutung einer öffentlichen Urkunde im Sinne des § 415 ZPO., liefern jedoch nicht Urkundenbeweis im Sinne des § 418 Abs. 1 ZPO., wenn sie, wie im Regelfalle, nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörden beruhen; wenigstens gilt dies für Preußen, da dort die Landesgesetzgebung nicht ergibt, daß (§ 418 Abs. 3 ZPO.) die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig sei.

4. Urkunden der Stadtgemeinde. a) **RG.** R. **14** 336. Nach § 88 Ziff. 7 Abs. 2 LGO. vom 3. Juli 1891 müssen Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, unter Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses und der dazu erforderlichen Genehmigung oder Entschließung der zuständigen Aufsichtsbehörde im Namen der Gemeinde von dem Gemeindevorsteher und einem der Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein. Diese Vorschrift hat das RG. in ständiger Rechtsprechung dahin verstanden, daß die Beobachtung der Form die Voraussetzung bilde, unter der das Willensorgan der Gemeinde für diese verbindliche Erklärungen abgeben könne, daß daher die dem § 88 nicht entsprechenden Erklärungen außerhalb des Rahmens der Vertretungsmacht des Gemeindevorstandes, die eben nur in der Form des Gesetzes ausgeübt werden könne, lägen und mithin als nicht abgegeben zu gelten hätten (**RG. 82** 7 ff.). Diese Form gilt auch für Vorverträge. b) **RG.** R. **14** 337. Mündliche Abreden neben dem schriftlichen Vertrage einer Stadtgemeinde entbehren der rechtlichen Wirksamkeit wegen Formmangels. Gemäß § 56 Nr. 8 StädteO. für Westfalen vom 19. März 1856 wird die Stadtgemeinde nach außen durch den Magistrat vertreten, und in Fällen, in denen eine Verpflichtung der Stadtgemeinde übernommen wird, muß die Urkunde außer vom Bürgermeister noch von einem Magistratsmitglied unterschrieben werden. Diese Bestimmung ist aber nicht nur für solche Fälle gegeben, in denen tatsächlich eine Urkunde errichtet wird; sie bringt vielmehr mittelbar auch den Grundsatz zum Ausdrucke, daß eine Stadtgemeinde überhaupt nicht anders als in der vorgeschriebenen urkundlichen Form Dritten gegenüber verbindlich gemacht werden kann. Es liegt hier die Sache ähnlich wie bei § 88 LGO. vom 3. Juli 1891 f. d. östlichen Provinzen (**RG. 67** 269, **68** 407). c) **RG.** WarnE. **14** 97. Eine Willenserklärung, durch welche Verpflichtungen für eine Stadtgemeinde übernommen werden, kann nur in der durch § 56 Ziff. 8 StädteO. vorgeschriebenen Form oder durch einen Vertreter mit einer dieser Formvorschrift entsprechenden Vollmacht rechtswirksam abgegeben werden. d) Reichmuth, R. **14** 453. Als einzige Formvorschrift für Urkunden der Landgemeinden in Hannover kommt nur der § 34 AusführungsBek. vom 28. April 1859 zur LGO. von demselben Tage in Betracht. Daraus ergibt sich aber, daß auch in der Provinz Hannover Auflassungsvollmachten

der Landgemeinden vom Gemeindevorsteher zusammen mit den Beigeordneten vollzogen werden können, ohne daß es einer weiteren Beglaubigung bedarf.

5. Urkunden der Kirchen. RheinA. **111** I 134 (Cöln). Der Verkauf von Grundstücken des Pfarrdotalguts evangelischer Kirchengemeinden bedeutet nur dann eine Verwendung kirchlichen Vermögens zu einem anderen als dem bestimmungsgemäßen Zwecke, wenn das Dotalgut an anderer Stelle keinen entsprechenden Vermögenszuwachs erhält, also eine Einbuße oder Verminderung erleidet.

IV. Offenkundigkeit. Bourier, BayNotZ. **14** 243 ff. Bei Erklärungen gibt es keine Offenkundigkeit, sondern nur bei „anderen Voraussetzungen der Eintragung". Schon deshalb kann eine Rede davon sein, daß der Grundbuchrichter eine Bevollmächtigung als offenkundig annehmen dürfe, selbst wenn ihm etwas davon bekannt wäre. Ist ihm nichts von der Tatsache bekannt, dann ist eine Offenkundigkeit der Tatsache begrifflich ausgeschlossen. Dem Grundbuchrichter wird regelmäßig nichts davon bekannt sein, daß die Frau den Mann zur Stellung des Berichtigungsantrags ermächtigt hat; es liegt im Gegenteil sachlich die Vermutung nahe, daß, wenn eine Berichtigung durch Eintragung der Gesamtgutseigenschaft in Frage steht, auf die in Bayern Notare und Gerichte hinzuwirken haben, die Frau nichts von der Sache weiß (s. BayObLG. **14** 418 ff.).

§ 30. 1. HessRspr. **15** 176, OLG. **29** 205 (LG. Mainz). Der Antrag auf Eintrag einer Zwangshypothek (§ 867 ZPO.) bedarf keiner besonderen Beurkundung.

2. NaumburgAK. **14** 4 (LG. Halle). Die Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten und seine Anträge zum Grundbuche bedürfen der Beglaubigung.

§ 31. OLG. **29** 409 (BayObLG.). Es mag sein, daß die Vollmachtgeber bei der Vollmachterteilung nur den Fall des § 31 im Auge gehabt haben. Bei der Gebührenbewertung einer Urkunde ist aber der in ihr ausgedrückte Wille maßgebend und können Umstände, die darin keinen Ausdruck gefunden haben, nicht beachtet werden. Aus dem Inhalte der Urkunde ist nicht ersichtlich, daß es den Beschwerdeführern bei der Bevollmächtigung nur darum zu tun war, eine Vollmacht im Sinne des § 31 zu erteilen. Aus dem Wortlaute geht vielmehr eine über die Vollmacht des § 31 hinausgehende Bevollmächtigung hervor. Ob es der weitergehenden Vollmacht bedurfte, ist für die Beantwortung gleichgültig: entscheidend ist nur, in welcher Weise die Vollmacht erteilt wurde.

§ 32. *Ricks, DNotV. **14** 217. Über das Recht der Notare, allein Anträge zurückzunehmen oder Urkunden zurückzufordern, s. § 15 Ziff. 3. Die entsprechenden Erklärungen des Notars bedürfen entgegen OLG. **10** 92 nicht der Beglaubigung, sondern nur der Beifügung des notariellen Amtssiegels oder Stempels.

§ 33. 1. Die Entsch. des KG., JDR. **12** zu § 33 Ziff. 1 auch OLG. **29** 399.

2. KGJ. **45** 184 (KG.). Die GmbH. in Liquidation besteht ungeachtet der Eintragung des Erlöschens der Firma im Handelsregister solange fort, als noch unverteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Die Liquidation, deren Beendigung bereits dem Registergerichte durch den Liquidator angemeldet war, muß ihren Fortgang nehmen zwecks Verteilung des noch vorhandenen Vermögens. Ist aber hiernach die Liquidation fortzusetzen, so folgt daraus, daß — mangels einer entgegenstehenden Bestimmung — der frühere Liquidator ohne weiteres wieder in Tätigkeit tritt. Er ist nach wie vor Liquidator, denn er hat sein Amt nicht niedergelegt oder gekündigt, sondern nur zu unrecht zum Handelsregister angemeldet, daß die Liquidation und damit seine Vertretungsbefugnis beendigt sei. Die Eintragung als solche hat auch hier nur kundmachende Wirkung (vgl. OLG. **14** 369).

§ 36. I. Erbschein. 1. **a)** RJA. **13** 154 (KG.). Der Erbschein ist ein Zeugnis über das Erbrecht (§ 2353 BGB.). Er kann, wie das KG. wiederholt ausgesprochen hat (OLG. **4** 397, **6** 315, **7** 446), abgesehen von dem gesetzlich anerkannten Ausnahmefalle des § 2369 BGB. als gegenständlich beschränktes Zeugnis nicht erteilt werden und ist nicht dazu bestimmt, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu geben. Mag es noch Fälle geben, die es empfehlenswert erscheinen lassen, in dem Erbscheine darauf hinzuweisen, ob fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten ist oder nicht, so käme der Erbschein als ein ausreichendes Nachweismittel doch nur unter der Voraussetzung in Betracht, daß ein solcher Hinweis in dem Sinne für notwendig erachtet werden könnte, daß aus dem Fehlen eines solchen Vermerkes mit der Wirkung der Rechtswirkung des § 2365 BGB. auf die Nichtfortsetzung der Gütergemeinschaft zu schließen wäre. Für eine solche Auffassung fehlt es an der gesetzlichen Grundlage. In dem Beschlusse vom 31. Januar 1907 (KGJ. **34** A 229) hat das KG. allerdings ausgesprochen, daß, wenn ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§ 1507 BGB.) den Bruchteil des ehelichen Gesamtguts, der Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft geworden ist, nicht angebe, durch das Zeugnis bewiesen werde, daß neben den gemeinschaftlichen Abkömmlingen andere erbberechtigte Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten nicht vorhanden sind (vgl. § 1483 Abs. 2 BGB.). Dieser Rechtsgrundsatz ist jedoch nicht auf den Erbschein zu übertragen, denn der Nachlaß ist in seinem Wesen nicht dem Gesamtgute der ehelichen Gütergemeinschaft gleichzustellen. **b)** R. **14** Nr. 224 (BayObLG.). Auch wenn man grundsätzlich einen beschränkten Erbschein zuläßt, kann doch nicht einem Miterben ein auf bestimmte Sachen beschränkter Schein erteilt werden. **c)** RJA. **13** 16 (BayObLG.). Erteilung eines auf einzelne Gegenstände beschränkten Erbscheins bei einer inländischen Erbschaft ist zulässig.

2. Brachvogel, ZBlFG. **14** 450. Vom Gruppenerbscheine.

3. **a)** BayObLG. **14** 558. Der nach § 36 Abs. 1 Satz 1 GBO. vorgelegte Erbschein ist für das Grundbuchamt nicht bindend; gibt der Inhalt des Erbscheins zu begründeten Bedenken Anlaß oder liegen Tatsachen vor, die den Inhalt des Erbscheins als unrichtig erscheinen lassen, so hat das Grundbuchamt nicht bloß das Recht, sondern die Pflicht, sich über die Rechtslage zu vergewissern, und sofern sich der Erbschein als unrichtig erweist, den darauf gestützten Antrag zurückzuweisen. **b)** KGJ. **45** 252 (KG.). Das Grundbuchamt ist an den Erbschein nicht gebunden, wenn ihm neue Tatsachen, die der Richtigkeit des Erbscheins entgegenstehen, bekannt geworden sind, von denen es annehmen muß, daß das Nachlaßgericht angesichts ihrer den Erbschein nicht aufrechterhalten würde.

4. Ruppert, DJZ. **14** 695. Erbschein oder Zeugnis des Nachlaßgerichts bei Eintragung eines Miterben als Eigentümer eines Nachlaßgrundstücks in Preußen.

II. Verfügung von Todes wegen. 1. **RG.** WarnE. **14** 230. Geht man einmal mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats davon aus, daß der nach § 2231 Nr. 2 BGB. zur Gültigkeit des eigenhändigen Testaments erforderlichen Angabe des Ortes und des Tages der Errichtung die rechtliche Bedeutung nicht einer Willenserklärung, sondern eines Zeugnisses zukommt und daß sie deshalb bei Meidung der Nichtigkeit des Testaments der Wahrheit entsprechen muß, so ist es ausgeschlossen, von dem Erfordernisse der Richtigkeit des Datums dann abzusehen, wenn die Interessen, zu deren Wahrung das Gesetz dieses Erfordernis aufstellt, im einzelnen Falle nicht gefährdet erscheinen (vgl. das zu Art. 970 Code civil ergangene Urt. des 2. Zivilsen. vom 16. Juni 1882, **RG.** 7 292 ff., insbes. 294). Die gegenteilige Annahme des OLG. würde, wie die Revision mit Recht ausführt, zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen und schon deshalb selbst dann abzulehnen sein, wenn (vgl. das die

Vorschrift des § 2241 Nr. 1 BGB. beim öffentlichen Testamente behandelnde Urt. des 3. Zivilsen. vom 16. Dezember 1910, **RG. 74** 421 ff., § 2231 Nr. 2 BGB. insoweit, als er die sachliche Richtigkeit der Orts- und Zeitangabe fordert, nicht als eigentliche Formvorschrift anzuerkennen sein sollte. Es kann sich daher nur noch fragen, ob die Ausführungen des OLG. dem Senate Veranlassung bieten, von seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung abzugehen und mit dem OLG. anzunehmen, daß die Gültigkeit des eigenhändigen Testaments von der sachlichen Richtigkeit der Orts- und Zeitangabe unabhängig sei. Diese Frage muß verneint werden. Alle Bedenken, denen das OLG. in Anlehnung an die Darlegungen von Hölder (IheringsJ. **52** 311) und Strohal (Erbrecht [3] I 107 ff. § 21 a) Ausdruck gibt, sind solche, die bereits früher in der Rechtslehre hervorgetreten waren. Sie sind beim Erlasse der Entscheidungen, gegen die das OLG. ankämpft, vom Senate berücksichtigt worden und können die Ansicht des Senats nicht erschüttern, daß überwiegende Gründe für den in seiner bisherigen Rechtsprechung eingenommenen Standpunkt sprechen.

2. **RG. 84** 163, JW. **14** 531. Die Schrift bildet bei der Testamentserrichtung, abweichend von §§ 176 Abs. 2, 177 FGG., keinen Teil des Protokolls in dem Sinne, daß sie der Vorschrift des § 2242 BGB. unterliegt, also mitvorgelesen und genehmigt werden muß. Etwas anderes besagen auch die vom KG. erwähnten Entscheidungen des RG. und Schriftsteller nicht. Daß jene Schrift durch die im § 2238 BGB. vorgeschriebene Übergabe und Erklärung an sich Bestandteil des Protokolls und damit Teil der öffentlichen Urkunde wird, ist allgemein anerkannt. . . . Richtig ist es, wenn das KG. ausführt, daß die an der Spitze des Protokolls stehenden Worte: „Nr. 222 des Not.-Regs. von 1913" nicht zum Protokoll im Sinne des § 2241 BGB. gehören und an sich nur die Bedeutung eines gemäß Art. 95 PrFGG. auf die Urkunde gesetzten und den inneren Dienst des Notars betreffenden Vermerkes haben (vgl. **RG.** [Strafs.] **41** 132). Aber dadurch ist noch nicht ausgeschlossen, daß der Vermerk im Einzelfalle durch Aufnahme in den Text der Urkunde Teil des Protokolls wird und, mag er auch vom öffentlichen Glauben des Protokolls nicht betroffen werden, doch wenn er wie hier von der Jahreszahl des Protokolls abweicht, Bedenken gegen die Richtigkeit der Protokollangabe zu erregen geeignet ist. . . . Die vom KG. erwähnten Entscheidungen des **RG.** vom 14. Dezember 1911, Rep. IV. 138/11, und vom 12. Dezember 1912, **RG. 81** 99 aE. stehen seiner gegenteiligen Auffassung nicht zur Seite. Beide Entscheidungen betreffen nur die Frage, ob derartige Vermerke positiv zur Klarstellung zweifelhafter Protokollangaben Verwendung finden können, lassen sie übrigens dahingestellt; die zweite Entscheidung spricht zudem nur von Eintragungen im Notariatsregister selbst. Schließlich hat das KG. auch bei Beurteilung der Frage, ob die Richtigkeit des Protokolldatums in Zweifel zu ziehen sei, zu unrecht die Aufschrift des Umschlags, mit dem der Notar das Testament verschlossen hat, außer acht gelassen. Der Nichtberücksichtigung liegt eine zu enge Auffassung des Urt. des Senats vom 12. Dezember 1912 zugrunde. Wenn dort ausgesprochen ist, daß eine Klarstellung des ein unrichtiges Datum enthaltenden Protokolls aus den mit der Protokollierung zusammenhängenden und dem Gesetz entsprechenden Vorgängen erfolgen könne, so sind jene Vorgänge um so mehr ausreichend, Zweifel gegen die Richtigkeit des Protokolls zu rechtfertigen. Können jene Materialien einmal zur Auslegung für das im Protokoll Enthaltene Verwertung finden, so muß das nicht nur nach der positiven, sondern erst recht nach der negativen Richtung gelten.

3. KGJ. **45** 120 (KG.). Auf das Testament eines blinden Erblassers finden sämtliche Vorschriften des § 2242 BGB. Anwendung. Das Protokoll muß daher die eigenhändige Unterschrift des Erblassers oder die Feststellung seiner Erklärung, daß er nicht schreiben könne, enthalten. Diese Feststellung kann durch die Feststellung seiner Erklärung, daß er blind sei, in der Regel nicht ersetzt werden.

4. R. **14** Nr. 83 (BayObLG.). Ist im Protokolle statt „letzter Wille" versehentlich nur „letzter" geschrieben, so bleibt das Testament doch gültig, wenn die Absicht, eine letztwillige Verfügung zu übergeben, sonst aus dem Urkundenprotokoll erhellt.

5. **RG.** WarnE. **14** 313. Bei der Auslegung eines Testaments kommt es nicht auf den Wortlaut einzelner Bestimmungen, sondern (vgl. die §§ 133, 2087 BGB.) darauf an, was der Inhalt der letztwilligen Verfügung in ihrer Gesamtheit als wahren, wenn auch unvollkommen ausgedrückten Willen des Erblassers ergibt.

6. **RG.** R. **14** Nr. 82. Wenn der Erblasser die zunächst im Besitze des Notars befindliche Testamentsurkunde in Besitz nimmt und dann nach Eintritt der Testamentszeugen der Notar nach Angabe des Zweckes der Anwesenheit der Zeugen das Testament wieder mit der an den Erblasser gerichteten, von diesem bejahten Frage an sich nimmt, ob er dem Notar hiermit sein Testament übergeben wolle, so liegt die nach § 2238 BGB. erforderliche Erklärung des Erblassers vor.

7. **RG.** WarnE. **14** 365. An sich wäre, da das Testament im Jahre 1872 errichtet worden und die Erblasserin im gleichen Jahre verstorben ist, für die Auslegung ausschließlich das Recht des SächsBGB. heranzuziehen gewesen (**RG. 76** 20 ff.). Das Berufungsgericht hat allerdings in erster Linie die Auslegungsvorschriften des neuen Rechtes zugrunde gelegt, aber auf die Vorschriften des SächsBGB. in dem Sinne hingewiesen, daß zwischen den beiderseitigen Vorschriften inhaltlich völlige Übereinstimmung bestehe. Hiernach beruht die Entscheidung nicht auf der zu Unrecht erfolgten Anwendung des neuen Rechtes.

8. KGJ. **45** 137 (KG.). Hat sich der Erblasser in einem unter der Herrschaft des PrALR. errichteten Testamente privatschriftliche Nachzettel vorbehalten und für diese eine bestimmte Form vorgeschrieben, so wird dadurch die spätere Errichtung einer Verfügung von Todes wegen in einer gesetzlich zugelassenen Form nicht ausgeschlossen. Dies gilt regelmäßig auch für einen entsprechenden Vorbehalt in einem gemeinschaftlichen Testamente; es können daher, wenn in diesem nur Nachzettel mit beiderseitiger Unterschrift vorgesehen sind, ergänzende letztwillige Verfügungen seitens jedes der beiden Ehegatten unter der Herrschaft des neuen Rechtes auch in einem einseitigen eigenhändigen Testamente getroffen werden.

9. KGJ. **46** 146 (KG.). Ist in dem unter der Herrschaft eines früheren Rechtes errichteten Testamente bestimmt, daß der als Vorerbe eingesetzte überlebende Ehegatte in einem gewissen Falle, insbesondere bei Wiederverheiratung, mit den als Nacherben eingesetzten Kindern „den Gesetzen gemäß Erbteilung halten" soll, so ist durch Auslegung des Testaments zu ermitteln, ob für die Art der Teilung der zur Zeit der Testamentserrichtung oder der zur Zeit des Erbfalls oder des Eintritts des Ereignisses bestehende Rechtszustand maßgebend ist. Dabei sind auch die für den Güterstand der betreffenden Ehe geltenden Überleitungsvorschriften zu berücksichtigen.

III. Zeugnis über die fortgesetzte Gütergemeinschaft.

1. HansGZ. **14** Beibl. 127 (Hamburg). Neben dem Vollstreckerzeugnisse für das fortgesetzte Gütergemeinschaft anordnende Testament eines nach 1899 verstorbenen hamburgischen Ehemanns kann vom Grundbuchrichter auch noch die Beibringung eines Zeugnisses, daß die Gütergemeinschaft fortgesetzt werde, verlangt werden.

2. RJA. **13** 154, KGJ. **45** 246 (KG.). Darüber, in welcher Weise der überlebende Ehegatte den im § 29 GBO. verlangten urkundlichen Nachweis, daß fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist, zu führen hat, gibt das Gesetz unmittelbar keinen Aufschluß. Im Falle der Ablehnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§§ 1484, 1945 Abs. 1 BGB.) sowie im Falle des Verzichts aller Abkömmlinge (§§ 1517, 2348 BGB.) wird ein solcher urkundlicher Nachweis unter Um=

ständen durch Vorlegung der für das der Fortsetzung der Gütergemeinschaft entgegenstehende Ereignis maßgebenden Urkunden geführt werden können. Dasselbe kann der Fall sein, wenn durch öffentliche letztwillige Verfügung alle Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind (§ 1511 BGB., KGJ. **25** A 288, **26** A 55), und im Falle der Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§ 1508 BGB.) wird unter Umständen eine beglaubigte Abschrift aus dem Güterrechtsregister ausreichen (vgl. OLG. 8 335). Bedenken können auch in diesen Fällen obwalten, wenn Zweifel an der Gültigkeit oder Wirksamkeit der Urkunde bestehen. Daneben gibt es aber auch wichtige Hinderungsgründe für die Fortsetzung der Gütergemeinschaft, die nicht bereits ihrem Wesen nach urkundlich belegt sind. Das gilt z. B. für den Fall der Erbunwürdigkeit sämtlicher Abkömmlinge (§§ 1506, 2344 BGB.) und für den hier in Betracht kommenden Fall der Kinderlosigkeit. In Frage kommt ferner der Fall der Ausschließung sämtlicher Abkömmlinge durch eigenhändiges Testament, da dieses nach § 29 GBO. kein für den Grundbuchverkehr geeignetes Nachweismittel ist. Da nun, wie auch der vorliegende Fall zeigt, ein unabweisbares Bedürfnis nach einem für den Grundbuchverkehr ausreichenden Nachweismittel für die Nichtfortsetzung der Gütergemeinschaft besteht, muß unter Verwertung der in dem Gesetz als zutreffend anerkannten Rechtsgedanken und unter Fortentwicklung der positiven Vorschriften ein Ausweg gefunden werden. Zugrunde zu legen ist der § 1507 BGB., wonach das Nachlaßgericht unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über den Erbschein dem überlebenden Ehegatten auf Antrag ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen hat. Dieses Positivzeugnis ist ein Erzeugnis reiner Zweckmäßigkeitserwägungen (Prot. d. Komm. f. d. 2. Lesung des Entw. d. BGB. V 729 ff.). In Anknüpfung an den Erbschein ist dem Nachlaßgerichte die Ausstellung eines Positivzeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft auf Antrag des überlebenden Ehegatten oder seiner Rechtsnachfolger in Gemeinschaft mit den anteilsberechtigten Abkömmlingen (KGJ. **41** A 52) zur Pflicht gemacht, weil nach Ansicht der Mehrheit der Kommission ein solches Zeugnis im Rechtsverkehre nicht zu entbehren ist. Aus denselben Erwägungen muß der Nachlaßrichter für verpflichtet angesehen werden, auf Antrag des überlebenden gütergemeinschaftlichen Ehegatten auch ein Zeugnis des Inhalts auszustellen, daß die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist; denn wenn, wie dargelegt ist, der urkundliche Nachweis der Nichtfortsetzung der Gütergemeinschaft nicht zu entbehren, die Nachweisurkunde aber in vielen Fällen und namentlich in dem praktisch wichtigen Falle der Kinderlosigkeit nicht ohne weiteres vorhanden ist, muß dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit geboten werden, die Urkunde in der Form eines gerichtlichen Zeugnisses zu erlangen, und die zuständige Stelle für die Erteilung dieses Zeugnisses ist unter Berücksichtigung des § 1507 BGB. naturgemäß das Nachlaßgericht. Auch das Negativzeugnis ist wie das Positivzeugnis des § 1507 nicht etwa nur ein Tatsachenzeugnis (Art. 31 PrFGG., § 9 Abs. 3 HGB., § 162 FGG.), sondern ein Urteilszeugnis mit dem Charakter des Erbscheins. Wird bei dem Nachlaßrichter der Antrag auf Erteilung des Negativzeugnisses gestellt, so hat er unter Berücksichtigung der Angaben des Antragstellers und unter Benutzung der von ihm angegebenen Beweismittel von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen, und er darf das Negativzeugnis nur erteilen, wenn er die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet (§§ 2358, 2359, 1507 BGB.). Das Negativzeugnis steht wie das Positivzeugnis unter dem öffentlichen Glauben (§§ 2366 ff., 1507 BGB.) und beweist im Verkehre mit dem Grundbuchamte, daß fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist (§ 36 GBO.).

3. SchlHolstAnz. **14** 174 (LG. Altona). Zur Eintragung der fortgesetzten Güter-

gemeinschaft auf einem Grundbuchblatt ist nicht der Nachweis zu fordern, daß das Grundstück auch zur Gütergemeinschaftsmasse des verstorbenen Eigentümers gehört habe.

IV. Testamentsvollstreckerzeugnis. 1. RG. 83 348. Mit Beendigung der Testamentsvollstreckung erlischt auch die Beweiskraft des Zeugnisses, ohne Rücksicht auf den etwa vorhandenen guten Glauben.

2. KGJ. 45 114 (KG.). Das Nachlaßgericht kann die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht nur aus dienstgeschäftlichen Gründen, sondern auch deswegen ablehnen, weil ihm die Anordnung oder die Fortdauer der Testamentsvollstreckung im Hinblick auf die Verhältnisse des Nachlasses und das Interesse der Nachlaßbeteiligten nicht zweckmäßig erscheint.

3. Josef, MecklZ. 32 242 (247). Der Testamentsvollstrecker ist nicht Bevollmächtigter, auch nicht Vertreter der Erben, er hat auch nicht eine dem ähnliche Stellung, sondern er ist Träger eines Amtes und handelt kraft eigenen Rechtes, also als Repräsentant des Nachlasses im eigenen Namen. Da dem Vollstrecker die Verfügung über den Nachlaß gebührt, er auch die Auseinandersetzung zu bewirken und den für den schuldnerischen Erben sich ergebenden Erbteil diesem auszuantworten hat, dem schuldnerischen Erben also gegen die Miterben weder ein Anspruch auf Auseinandersetzung noch auf Leistung zusteht, so ist der Testamentsvollstrecker der Drittschuldner in Sachen der §§ 829, 857 ZPO. und ihm demnach der Beschluß zuzustellen, durch den der Miterbenanteil gepfändet wird. Hat aber der Erblasser dem Testamentsvollstrecker das Recht zur Bewirkung der Auseinandersetzung entzogen oder ihm lediglich die Verwaltung des Nachlasses zugewiesen (§§ 2208, 2209), so hat jeder Erbe gegen den anderen nach § 2042 den Anspruch auf Auseinandersetzung und gegen den Vollstrecker den Anspruch auf Ausantwortung des so ermittelten Erbteils, sowie auf Erfüllung der im § 2218 bezeichneten Ansprüche; danach sind in diesen Fällen Drittschuldner sowohl die Miterben als auch der Vollstrecker und der Pfändungsbeschluß sowohl jenem als auch diesem zuzustellen.

4. KGJ. 46 141 (KG.). Eine Testamentsvollstreckung kann in der Weise angeordnet werden, daß sie erst mit dem Tode des Erben in Wirksamkeit tritt. Wenngleich der durch eine solche Testamentsvollstreckung Beschränkte im praktischen Ergebnisse nur der Erbeserbe ist, so ist die Beschränkung doch unter Hervorhebung ihrer Eigenart in dem dem Erben zu erteilenden Erbschein anzugeben, sofern sie nach §§ 2364, 2365 BGB. überhaupt der Erwähnung im Erbscheine bedarf. Es ist nicht anzuerkennen, daß lediglich der mit Verwaltungsbefugnissen ausgestattete Testamentsvollstrecker im Erbscheine zu erwähnen ist; jedoch bedarf, falls dem Vollstrecker kein Verwaltungsrecht hinsichtlich des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände zusteht, seine Erwähnung im Erbschein eines sonstigen, auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr des durch die Testamentsvollstreckung beschränkten Erben mit Dritten gestützten besonderen Grundes.

5. SächsOLG. 35 262 (Dresden). Der Testamentsvollstrecker ist beim Vorhandensein von Nacherben in der Verfügung über die Nachlaßgegenstände nicht in der gleichen Weise beschränkt, wie es nach §§ 2113 ff. BGB. der Vorerbe ist. Das freie Verfügungsrecht, das dem Testamentsvollstrecker im § 2205 Satz 2 BGB. eingeräumt ist, greift gegenüber jedem Erben Platz, also nicht bloß gegenüber dem Vorerben, sondern auch gegenüber dem Nacherben. Wenn der Testamentsvollstrecker aber unentgeltliche Verfügungen nur in dem durch § 2205 Satz 3 BGB. bestimmten Umfange vornehmen darf und nach § 2216 Abs. 1 zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet ist, so wird hierdurch allein noch kein Bedürfnis zur Fürsorge für die unbekannten Nacherben und damit zur Bestellung eines Pflegers für sie begründet. Vielmehr ist dazu erforderlich, daß Umstände zutage

treten, die eine Gefährdung des Nachlasses durch die Verwaltung des Testamentsvollstreckers befürchten lassen, wie es vor allem der Fall ist, wenn der Vollstrecker die Verwaltung nicht ordnungsmäßig führt.

§ 39. I. Ersuchen des Vollstreckungsgerichts. 1. ElsLothJZ. **14** 89, ElsLothNotZ. **14** 62 (Colmar). Im Gegensatze zu der von dem KG. in RJA. **8** 65 vertretenen Auffassung muß aus dem Zusammenhange der Bestimmungen des § 130 ZVG. gefolgert werden, daß das Grundbuchamt gemäß Abs. 1 das. von dem Vollstreckungsgericht auch um die Löschung solcher Rechte zu ersuchen ist, zu deren Begründung erst nach dem Zuschlag auf Bewilligung des Schuldners oder im Wege der Zwangsvollstreckung gegen ihn die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist. Allerdings gehören diese Rechte nicht zu „den durch den Zuschlag erloschenen Rechten". Sie erlöschen auch nicht durch den Zuschlag, und sie werden in ihrem Bestehen durch das Zwangsversteigerungsverfahren an sich überhaupt nicht, sondern möglicherweise nur in ihrem Range berührt. Sie können aber auch durch ihre Eintragung nicht zur Entstehung gelangen, wenn der Zuschlag rechtskräftig wird, es sei denn, daß sie auf einer Verfügung des Schuldners beruhen, die nach § 185 BGB., also aus dem Eigentume des Erstehers wirksam ist oder wird.

2. ElsLothNotZ. **14** 40 (Colmar). Dem Ersuchen des Vollstreckungsbeamten an das Grundbuchamt nach durchgeführter Zwangsversteigerung, „den Zwangsversteigerungsvermerk sowie alle nach Eintragung des Versteigerungsvermerkes etwa eingetragenen Rechte zu löschen", muß das Grundbuchamt ohne weitere Prüfung entsprechen. Es muß demgemäß eine erst nach dem Versteigerungsvermerk eingetragene Verfügungsbeschränkung löschen.

3. RJA. **13** 147 (BayObLG.). Bei der Zwangsversteigerung ist der Zuschlag der Erwerbsgrund, nicht etwa das Ersuchen. In dem Ersuchen ist deshalb der Zuschlagsbeschluß mit seinem Datum anzugeben.

4. Die Entsch. des BayObLG. in JDR. **12** zu § 39 Ziff. II 3 auch KGJ. **46** 257 und RJA. **13** 147.

5. HessRspr. **15** 55 (Darmstadt). Das von dem Zwangsvollstreckungsgericht an das Grundbuchamt nach § 130 ZVG. zu richtende Ersuchen um Berichtigung des Grundbuchs kann von der Zahlung des Stempels für den Zuschlagsbeschluß abhängig gemacht werden. Ebenso LG. Darmstadt, Beschl. vom 2. März 1914. Dagegen LG. Darmstadt, HessRspr. **15** 53 und 56.

II. Ersuchen der Enteignungsbehörde. OLG. **29** 329 (KG.). Der Polizeipräsident hat als Enteignungsbehörde die Umschreibung des im Grundbuche von den Privilegien verzeichneten Apothekerprivilegs auf die Stadt, also die Umschreibung des Privilegs als selbständiger Gerechtigkeit nachgesucht. Zugleich aber hat er im Anschluß an die im Entschädigungsprozeß ergangenen Urteile geltend gemacht, daß das Privileg ein Bestandteil des Hausgrundstücks und deshalb von der Enteignung betroffen sei. Die subjektive Dinglichkeit des Rechts, die damit behauptet wird, schließt die Annahme einer selbständigen Gerechtigkeit und darum eine dem Tenor des Ersuchens entsprechende grundbuchmäßige Behandlung des Rechtes begrifflich aus (**RG. 57** 34, KGJ. **34** 218, **39** 95, **43** 130). Der von dem Beschwerdeführer angestrebte Erfolg könnte nur durch eine Berichtigung des Grundbuchs erreicht werden, die darin zu bestehen haben würde, daß das Grundbuchblatt von den Apothekerprivilegien nach Löschung aller Eintragungen geschlossen und das Privileg als Bestandteil auf dem Blatte des Hausgrundstücks eingetragen wurde. Zu diesem Zwecke müßte dem Grundbuchrichter die Bestandteilseigenschaft des Privilegs gemäß § 22 GBO. nachgewiesen werden. Die Berichtigung würde nicht von Amts wegen, sondern gemäß § 13 GBO. nur auf den Antrag eines Beteiligten vorgenommen werden können. Eine Zuständigkeit der Enteignungsbehörde zu dem Ersuchen um diese Berichtigung ist nicht gegeben; insbesondere trifft

der § 33 EnteignungsG. vom 11. Juni 1874 in Verbindung mit § 39 GBO. nicht zu, da es sich nicht um eine auf der Enteignung beruhende, sondern, die Erteilung eines subjektiv-dinglichen Privilegs vorausgesetzt, um eine seit der Anlegung des eigenen Grundbuchblatts vorhandene Unrichtigkeit des Grundbuchs handelt.

III. Ersuchen der Auseinandersetzungsbehörde. 1. KGJ. **45** 215 (KG.). Die Befugnis der Auseinandersetzungsbehörde, die Anlegung eines neuen Grundbuchblatts durch ihr Ersuchen an das Grundbuchamt zu erwirken, fällt unter ihre Zuständigkeit zur Herbeiführung eines völlig geordneten Zustandes und zur vollständigen Ausführung der Auseinandersetzung (§§ 3, 196 Kgl. VO. vom 20. Juni 1817; § 7 Kgl. VO. vom 30. Juni 1834); die Befugnis ist ihr im § 197 Kgl. VO. vom 20. Juni 1817 ausdrücklich zuerkannt. Die fortdauernde Geltung dieser Vorschrift neben dem das Vorhandensein eines Grundbuchblatts voraussetzenden Art. 12 Abs. 2 PrAGGBO., wie vorher neben § 77 Satz 2 PrGBO. ist gemeine Meinung (Holzapfel, GLR. 135, 189; Turnau-Förster GBO.[3] 710; Güthe, GBO.[3] zu Art. 12 AG. Anm. 29 Abs. 2), auch vom KG. bereits unter der Herrschaft der PrGBO. ausgesprochen (KGJ. **17** 60).

2. KGJ. **45** 215 (KG.). Der Art. 14 AGGBO. bezieht sich nicht auf den hier in Rede stehenden Fall, daß der Inhalt eines von der Auseinandersetzungsbehörde bestätigten Rezesses in das Grundbuch eingetragen werden soll, sondern auf den Fall, daß das Grundbuch eines von dem Auseinandersetzungsverfahren betroffenen Grundstücks durch die Eintragung eines außerhalb dieses Verfahrens eingetretenen Eigentumsüberganges berichtigt werden soll. Dies folgt aus der Vergleichung des Art. 14 mit Art. 12 Abs. 2 PrAGGBO. und wird bestätigt durch eine Vergleichung des dem Art. 12 Abs. 2 entsprechenden § 77 Satz 2 PrGBO. vom 5. Mai 1872 (GS. 446) mit §§ 55, 56 das., zu deren teilweisem Ersatze der Art. 14 bestimmt ist (s. Begr. zu dem mit Art. 14 übereinstimmenden Art. 13 Entw.; Güthe, GBO. [3] Art. 14 AG. Anm. 1, Anm. 4 Abs. 3).

3. KGJ. **45** 215 (KG.). Ist in einem Auseinandersetzungsprozesse das Eigentum an Wirtschaftswegen, Entwässerungsgräben oder sonstigen Zweckgrundstücken der zu diesem Behuf als Nebeninteressentin zu dem Rezesse zugezogenen politischen Gemeinde überwiesen, so ist die Generalkommission befugt, in Ausführung des Rezesses um die Eintragung der Gemeinde als Eigentümerin zu ersuchen. Dies gilt auch dann, wenn die Eigentumseintragung auf einem neu anzulegenden Grundbuchblatte vorgenommen werden soll.

4. OLG. **29** 312 (KG.). Das LG. geht zutreffend davon aus, daß der Art. 14 entsprechend seinem Wortlaut und seiner Entstehungsgeschichte (Güthe II 1385 Anm. 1; Turnau-Förster [3] II 372) als Ersatzvorschrift für § 55 PrGBO. die Auseinandersetzungsbehörden zu Ersuchen um Berichtigung des Grundbuchs nur dann ermächtigt, wenn es sich um einen außerhalb des Grundbuchs erfolgten Eigentumsübergang handelt. Sind Auflassung und Eintragung erforderlich, so können sie durch das Ersuchen nicht ersetzt werden (vgl. Güthe, Turnau-Förster aaO.). Eine weitere Voraussetzung ist, daß ein Eigentumsübergang außerhalb des Auseinandersetzungsverfahrens in Frage steht. Die Berichtigung des Grundbuchs nach dem Ergebnisse dieses Verfahrens selbst fällt nicht unter Art. 14. Diese Voraussetzungen des Ersuchens zu prüfen, ist das Grundbuchamt nach § 39 GBO. sowohl berechtigt als verpflichtet. Denn nur in denjenigen Fällen, in denen nach gesetzlicher Vorschrift, hier also nach Art. 14, die Behörde auch tatsächlich befugt ist, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen, darf die Eintragung auf Grund des Ersuchens erfolgen.

§ 40. 1. **RG. 84** 100, WarnE. **14** 154. § 873 BGB. und §§ 19, 40 GBO. erfordern die Eintragung des verfügenden Berechtigten nicht schon zur Zeit der dinglichen Einigung, sondern erst zur Zeit

der Eintragung der Verfügung. Vgl. Planck, Anm. III 1 zu § 873, Güthe, Anm. 45 zu § 19 GBO. (401 a. E.); Turnau-Förster, Anm. II 6 aaO. Überdies aber hätte, wie der Berufungsrichter zutreffend bemerkt hat, nach § 185 BGB. die nachträgliche Eintragung den Mangel der Eintragung geheilt.

2. BadRpr. **14** 165 (Karlsruhe). Der „von der Eintragung Betroffene" im Sinne des § 40 Abs. 1 GBO. ist nur der materiell Berechtigte.

3. Bourier, BayNotZ. **15** 130 (136). Der Zusammenhang der Vorschriften der §§ 19, 40 ist offensichtlich. Es soll, da die Bewilligung des Sachberechtigten maßgebend ist, dieser aber ein anderer als der Buchberechtigte sein kann und in diesem Falle der außerhalb des Grundbuchs erfolgte Übergang des Rechtes oder die sonstige Unrichtigkeit des Grundbuchs dem Grundbuchrichter erst besonders nachzuweisen ist, verhindert werden, daß dieser Nachweis immer wieder von Fall zu Fall erbracht wird, und es soll deshalb der Verfügende seine Berechtigung dadurch ein für allemal nachzuweisen haben, daß er durch Berichtigung des Grundbuchs buchmäßig als der Berechtigte ausgewiesen wird. Es ist deshalb der Betroffene im § 40 offenbar derselbe, auf dessen Bewilligung es nach § 19 ankommt.

4. Kriener, BadNotZ. **15** 476 (483). Spielend erledigt sich das Problem der Pfändung der nicht berichtigten Eigentümergrundschuld vom Standpunkte der Theorie der Doppelberechtigung der Hypothek aus. Nach dieser Theorie ist die Eintragung einer Hypothek als Eintragung eines Rechtes mit zwei Berechtigten, einem gegenwärtigen, dem Gläubiger, und einem bedingten, künftigen, dem Eigentümer, zu verstehen. Der gegenwärtig Berechtigte wird in der Eintragung angegeben, in Ansehung des künftig bedingt Berechtigten verweist die Eintragung auf die Eintragung des Eigentümers, durch die sie insoweit ergänzt wird.

5. **RG. 83** 434, BayRpflZ. **14** 123, ElsLothNotZ. **14** 289, JW. **14** 411. Bei der Prüfung der Frage, ob das Pfandrecht an einem gemäß § 52 GBO. eingetragenen Nacherbenrecht eintragbar ist, darf man überhaupt nicht von § 40 Abs. 1 GBO. ausgehen. Vielmehr steht im Vordergrunde die Frage der Eintragungsfähigkeit des Pfandrechts, und über die Eintragungsfähigkeit gibt § 40 niemals Auskunft. Denn er soll überhaupt nicht die Voraussetzungen der Eintragbarkeit an sich bestimmen; er setzt vielmehr die Eintragbarkeit voraus und will nur sagen (und auch dies nur als Ordnungsvorschrift), daß die an sich zulässige Eintragung „nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist". Demnach soll § 40 Abs. 1 nur hindern, daß Eintragungen vorgenommen werden, ohne daß das Recht des Betroffenen bereits eingetragen wurde. Und somit würde auch hier § 40 nur insoweit angewendet werden können, als die Frage auftauchte, ob der Eintragung des Pfandrechts, seine Eintragungsfähigkeit vorausgesetzt, der Hinderungsgrund des § 40 entgegenstände. Die Frage nun, ob das Pfandrecht an sich eintragbar ist, muß bejaht werden. Der Buchinhalt, falls man der Veränderung nicht durch eine Eintragung Rechnung trüge, stände nicht mit der neuen Rechtslage im Einklange; der unveränderte Buchinhalt würde vielmehr den Anschein erwecken, als gälte die Verfügungsbeschränkung noch ausschließlich zugunsten des Nacherben, was nicht mehr zuträfe; dieser irreleitende Inhalt des Grundbuchs könnte gerade zu den Unzuträglichkeiten führen, denen gegenüber den Grundsätzen vom gutgläubigen Erwerbe die Eintragung vorbeugen soll (§ 892 BGB.). Also kann es nur dem Willen des Gesetzes entsprechen, wenn der Grundbuchsinhalt der veränderten Rechtslage wieder angepaßt und dazu eine neue Eintragung gestattet wird. Denn darüber läßt sich nicht streiten, daß das Gesetz den Grundbuchinhalt mit der wirklichen Rechts-

lage in Übereinstimmung halten will, und daß es zu dem Ende auch einen besonderen Rechtsbehelf, den der Grundbuchberichtigung gewährt. Sofern eine Unrichtigkeit im dinglichen Rechtszustand in Frage steht, gibt das Gesetz den Rechtsbehelf in der Vorschrift des § 894 BGB., soweit es sich um sonstige Unrichtigkeiten handelt, sei es, daß ein Rechtsverhältnis von vornherein unrichtig beurkundet worden, sei es, daß das richtig beurkundete Rechtsverhältnis durch nachträgliche, rechtsgeschäftliche Vorgänge geändert wurde, namentlich also durch Übertragungen oder Verpfändungen, gestattet das Gesetz die Berichtigung nach den formalen Regeln der GBO., wie der § 22 der Berichtigung auch ausdrücklich gedenkt. Demgemäß würde auch die Eintragung der Abtretung oder der Verpfändung des Rechtes des Nacherben nur eine nach der GBO. zugelassene Berichtigung des Buchinhalts sein. Das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, daß solche Berichtigungen ausschließlich bei Eintragungen zulässig wären, durch die ein Recht am Grundstücke begründet worden ist. § 19, der die Eintragung von der Bewilligung des Betroffenen abhängig macht, enthält keine solche Einschränkung, ebensowenig der § 22, der gegenüber dem § 19 eine Ausnahme vorsieht.

6. BayNotZ. **14** 264 (BayObLG.). Die Eintragung der Pfändung einer Eigentümergrundschuld ist erst dann zulässig, wenn die Grundschuld auf den Eigentümer umgeschrieben ist.

7. KGJ. **45** 268 (KG.). Eine Verfügung über die künftige Eigentümerhypothek ist nicht eintragungsfähig, weil der Eigentümer nicht als Berechtigter eingetragen ist. Dem steht auch die Ansicht nicht entgegen, daß der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts als der mögliche Inhaber der auf seinem Grundstücke lastenden Hypotheken anzusehen ist. Denn diese Ansicht bezieht sich nur auf die gegenwärtige Eigentümerhypothek.

8. ZBlFG. **14** 459 (BayObLG.). Die Eintragung einer Zwangshypothek auf einem im Grundbuch als Eigentum einer offenen Handelsgesellschaft eingetragenen Anwesen ist vor Berichtigung des Grundbuchs abzulehnen, wenn die offene Handelsgesellschaft durch den Tod des einen vom anderen beerbten Gesellschafters aufgelöst und im Vollstreckungstitel als Schuldnerin die Firma der noch bestehenden Gesellschaft bezeichnet ist.

9. Ott, BadNotZ. **14** 122. Der Eigentümer, der die durch ihn bewirkte Befriedigung des Gläubigers nachgewiesen hat, kann im Wege der Berichtigung die Überschreibung der Hypothek auf seinen Namen verlangen (§ 22 Abs. 1 GBO.). Auf Grund dieses Nachweises kann der Eigentümer aber auch unmittelbar die Löschung der auf seinen Grundstücken eingetragenen Hypothek nach §§ 27, 29 GBO., § 1183 BGB. beantragen. Daß der Eigentümer sich zunächst als Hypothekengläubiger eintragen läßt (§ 40 Abs. 1 GBO.), ist nicht erforderlich, weil sich aus seinem in der I. Abt. des Grundbuchs eingetragenen Eigentum ohne weiteres sein Recht auf die Hypothek ergibt (Güthe, Anm. 14 zu § 40 GBO.).

§ 41. I. Vor- und Nacherbe. 1. WürttZ. **14** 15 (Stuttgart). Die Eintragung der Rechtsänderung kann erfolgen, wenn die Entgeltlichkeit der Verfügung feststeht. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Bewilligung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Vertrags ist oder die vom Vorerben erklärte Auflassung auf einem nach Maßgabe des § 313 BGB. beurkundeten Kaufvertrag beruht. Voraussetzung hierbei ist aber, daß der Käufer ein „Fremder", ein unbeteiligter Dritter ist.

2. OLG. **29** 397 (Rostock). In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß den Anträgen des befreiten Vorerben auch dann stattzugeben ist, wenn die Entgeltlichkeit in der Form des § 29 Satz 2 nachgewiesen wird oder wenn sie sich aus der Natur der Sache oder aus der Sachlage ergibt. Dieses insbesondere kann der Fall sein, wenn die Verfügung des Nacherben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen

Vertrags ist oder darauf beruht (**RG. 61** 228, **65** 214, **69** 258, RJA. **11** 123). Hier ergibt sich die Entgeltlichkeit freilich nicht aus der bei den Akten befindlichen Auflassung. Auch war das Grundbuchamt nicht verpflichtet, aus den Akten einer anderen Behörde den schuldrechtlichen Vertrag herbeizuschaffen; vielmehr wäre es Sache des Beschwerdeführers gewesen, die Urkunde vorzulegen. Dagegen wäre es möglich gewesen, ihm gemäß § 18 eine Frist zur Erbringung des Nachweises zu setzen oder ihm in der gesetzten Frist neben den anderen Wegen auch diesen Nachweis freizulassen.

3. SchlHolstAnz. **14** 189 (KG.). Von dem befreiten Vorerben, der als solcher unter Benennung der Nacherben im Grundbuch als Gläubiger eingetragen ist, kann für dessen Verfügung über die Hypothek der Nachweis der Entgeltlichkeit der Abtretung nicht verlangt werden, wenn lediglich die Eintragung der Abtretung beantragt ist.

4. R. **14** Nr. 976 (KG.). Die Vorschrift des § 41 Abs. 1 GBO. ist entsprechend anzuwenden, wenn nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge das Recht des Nacherben durch die Eintragung betroffen wird und nicht mehr der Erblasser, sondern der Vorerbe, wenn auch ohne Vermerk des Rechtes des Nacherben, als Berechtigter eingetragen ist.

5. ZBlFG. **14** 460 (BayObLG.). Das Recht des Nacherben ist übertragbar und folglich nach § 1274 BGB. auch verpfändbar (vgl. Planck, Vorbem. zu §§ 2100 ff. Anm. 4 b; **RG. 67** 428, **80** 384). Die Bestellung eines Pfandrechts an einem Rechte erfolgt nach dem § 1274 Abs. 1 BGB. nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften. Wie die Übertragung des Rechtes des Nacherben erfolgt, ist in dem die Einsetzung eines Nacherben behandelnden Titel (§§ 2100 bis 2146) nicht bestimmt. Da das Nacherbenrecht nicht ein dingliches Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen begründet, kann sich die Übertragung und damit die Verpfändung des Nacherbenrechts nicht nach den Vorschriften bestimmen, die für die Übertragung und Verpfändung der einzelnen Nachlaßgegenstände gelten. Sie muß sich vielmehr nach der rechtlichen Natur des Nacherbenrechts und den sonstigen Vorschriften richten, die sich mit der Übertragung von Erbrechten befassen. Die Veräußerung des Nacherbenrechts bedarf daher der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Veräußerungsvertrags (§ 2371 BGB.). Überträgt der auf einen Bruchteil der Erbschaft berufene Nacherbe sein Anteilsrecht, so kann die Übertragung, wie das **RG.** SeuffA. **63** 367 in überzeugender Weise dargelegt hat, nur in der Form des § 2033 BGB. erfolgen, also gleichfalls nur in einem gerichtlich oder notariell beurkundeten Übertragungsvertrage. Hiernach erfordert die Verpfändung des Nacherbenrechts gemäß § 1274 Abs. 1 BGB. gleichfalls die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Verpfändungsvertrags.

6. **RG.** WarnE. **14** 179, GruchotsBeitr. **58** 671. Das Eigentum war zeitlich beschränkt, und dies hatte beim Eintritte des Nacherbenfalls die Folge, daß sowohl das Eigentum der Vorerbin als auch die Hypothek erloschen ist und insoweit das Grundbuch unrichtig wurde (vgl Güthe, GBO. [3] I 1023, 1012 [§ 52 Anm. 20, 2]; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht [3] I 406; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht [4] I 583). Die Unwirksamkeit des § 2113 BGB. tritt allerdings nur bei solchen Verfügungen des Vorerben ein, die das Recht der Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen, eine solche Beeinträchtigung liegt aber nach der zutreffenden Annahme des Vorderrichters schon in der einseitigen Bestellung des dinglichen Rechtes auch dann, wenn wirklich die Nacherben aus den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften der Kreditgenossenschaft schuldrechtlich verhaftet waren (vgl. Planck, § 2113 Anm. 1 d). . . . Die Unwirksamkeit hätte allerdings gemäß § 185 BGB. durch eine nachträgliche Genehmigung der dinglichen Verfügungen behoben werden können. Die Genehmigung mußte aber von den Nacherben ausgehen und entweder der

Frau S. oder den Hypothekengläubigern gegenüber erklärt werden (§ 182 BGB.). Sie bedurfte auch, soweit Minderjährige in Betracht kamen, nach § 1821 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

II. Das sonstige Anwendungsgebiet des § 41. 1. BayNotZ. 15 354 (LG. Düsseldorf). Der Miterbe, der die Erbteile der übrigen Miterben erwirbt, ist auch für diese Anteile Erbe und kann daher über die Nachlaßgrundstücke verfügen, ohne daß er sich vorher als deren Eigentümer eintragen läßt.

2. BadRpr. 14 165 (Karlsruhe). § 41 GBO. ist nicht anwendbar auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft.

§ 42. 1. PosMSchr. 14 94 (KG.). Nach § 42 GBO. bedarf es der Vorlegung des Hypothekenbriefs durch die Antragsteller. Wie das KG. in ständiger Rechtsprechung angenommen hat, steht es der Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt nicht gleich, wenn der Brief sich im Gewahrsam der Gerichtskasse desselben Ortes befindet. Hält diese den Brief bis zur Bezahlung fälliger Kosten zurück, so ist der Brief dem Verkehre entzogen, kann daher nicht in den Grundbuchverkehr hineingezogen werden. Das Grundbuchamt hat es vielmehr dem Antragsteller zu überlassen, für die Einlösung und Vorlegung des Briefes zu sorgen (vgl. OLG. 7 369; Güthe, GBO. § 42 Anm. 10).

2. BayNotZ. 15 233 (BayObLG.) Die Annahme des LG., daß die Eintragung einer Vormerkung nach § 883 BGB. nicht unter den § 42 GBO. falle, ist unzutreffend. Für die Anwendbarkeit des § 42 kommt nicht in Betracht, auf welcher Grundlage die Eintragung bei der Hypothek erfolgen soll. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut und dem Zwecke des § 42. Es ist also unerheblich, ob die Eintragung auf einer Bewilligung des Gläubigers beruht oder im Wege rechtlichen Zwanges wie bei einer einstweiligen Verfügung erwirkt werden soll. Allerdings ist eine unter Verletzung des § 42, also ohne Vorlegung des Briefes erfolgende Eintragung dann nicht wirkungslos, wenn die Hypothek demjenigen, gegen den die Eintragung erfolgte, auch in der Tat zusteht. Freilich hat der aus § 1179 BGB. Berechtigte, wenn der Erwerber die Zustimmung zur Löschung verweigert (§ 888 BGB.), nur den Weg der Klage; ist aber die Klage einmal erhoben, so ist es nicht ausgeschlossen, daß das Prozeßgericht, um die Verwirklichung des Rechtes des Klägers zu sichern, eine einstweilige Verfügung erläßt, deren Inhalt es nach freiem Ermessen bestimmt (§§ 935, 938 ZPO.). Eine solche einstweilige Verfügung ist auch im gegenwärtigen Falle erfolgt und geht in ihrer Wirkung über den Rahmen des § 1179 mit § 883 BGB. hinaus, so daß nicht behauptet werden kann, es habe zu deren Eintragung überhaupt kein Anlaß bestanden.

3. RheinARB. 32 84 (LG. Cöln). Bei Briefhypotheken hat der Grundbuchrichter mangels Vorlage des Briefes die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung abzulehnen.

§ 45. 1. ElsLothNotZ. 14 252 (Colmar). Der Grundbuchrichter ist verpflichtet, dem Eintragungsantrage durch eine dem aus der Eintragungsbewilligung zweifelsfrei erkennbaren Willen der Parteien entsprechende Eintragung stattzugeben, auch wenn diese dem Wortlaute nach von der Eintragungsbewilligung und dem Antrage abweicht.

2. ElsLothNotZ. 14 228 (LG. Straßburg). Der Grundbuchrichter ist nicht berechtigt, den Vereinbarungen der Parteien in der Eintragung im Grundbuch eine andere als die beantragte Rechtsform zu geben, selbst wenn sie wirtschaftlich anscheinend den gleichen Erfolg erreicht.

§ 46. Zenger, BayNotZ. 15 137. Zur Eintragung einer Bankhypothek an nächst offener Rangstelle.

§ 47. KGJ. **46** 210 (KG.). Der Senat hat bereits in der Entsch. KGJ. **27** A 116 aus der im § 47 begründeten Gleichstellung der Unterlassung der Übertragung mit der Eintragung des Löschungsvermerkes den Schluß gezogen, daß gegen diese Unterlassung gemäß § 71 Abs. 2 GBO. die Beschwerde unzulässig ist. Daran ist auch im vorliegenden Falle festzuhalten. Allerdings hat das KG. in dieser Entscheidung die nachträgliche Mitübertragung einer Rentenpflicht für zulässig erachtet. Das ist aber aus der besonderen Natur dieser Rentenpflicht als eines der Eintragung nicht bedürftigen Rechtes abgeleitet. Der Neigung der Schriftsteller, in der Zulassung nachträglicher Übertragungen noch weiter zu gehen (vgl. Komm. z. GBO. v. Güthe [3] § 47 Anm. 2, 18, § 54 Anm. 10; Predari [2] § 47 Anm. 9; Arnheim [2] § 47 Anm. 15; § 54 Anm. 4, 5, 12), vermag der Senat nicht zu folgen. Die Frage darauf abzustellen, ob die Übertragung des Rechtes „vergessen" ist, erscheint nicht angängig, weil es meist an einem Anhalte dafür fehlen wird, ob die Nichtübertragung beabsichtigt war oder nicht, und jedenfalls das Grundbuch darüber nichts ergibt. Aus den gleichen Gesichtspunkten wird die Feststellung versagen, ob der Antrag auf Übertragung des Grundstücks noch nicht völlig erledigt war. — Die Bedeutung der Nichtübertragung eines Rechtes für den guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs in Verb. mit § 47 Abs. 2 GBO. gestattet es nicht, von dem in KGJ. **27** A 116 an die Spitze gestellten Grundsatze der Unzulässigkeit nachträglicher Übertragungen im Interesse einer vermeintlichen Vereinfachung der Rechtslage vorliegend abzugehen.

§ 48. I. Miteigentum. 1. BayNotZ. **15** 347 (Colmar). Die Bewilligung der Eintragung einer Kaufpreishypothek „zugunsten der Verkäufer je zur Hälfte" genügt auch, wenn die Verkäufer in Erbengemeinschaft leben, vorausgesetzt, daß das Rechtsverhältnis aus der abgegebenen Erklärung unzweideutig hervorgeht.

2. OLG. **29** 412, BayNotZ. **14** 264, BayRpflZ. **14** 305 (BayObLG.). Wenn es im Interesse der Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs auch als wünschenswert bezeichnet werden muß, daß bei sich bietender Gelegenheit die Form des Eintrags des Miteigentums dem § 48 angepaßt werde, so ist dies für den Vollzug einer nach Inkrafttreten des Grundbuchrechts einzutragenden Belastung doch nicht unbedingte Voraussetzung; denn daß die Größe des zu belastenden Anteils im Grundbuch angegeben sei, ist kein materielles Erfordernis, sondern nur eine Ordnungsvorschrift für den Grundbuchverkehr, die dann nicht zutrifft, wenn das Miteigentum schon eingetragen wurde, bevor das Grundbuch als angelegt anzusehen war. Die gegenteilige Annahme würde eine ebenso erhebliche als unnötige Erschwerung schaffen. Da nämlich bisher in Bayern die Anteile der Miteigentümer, sofern sie gleich waren, im Hypothekenbuche regelmäßig unausgeschieden vorgetragen und zumeist ohne eine Ausscheidung auch in das jetzige Grundbuch übertragen wurden, so wäre eine Fülle von Berichtigungen notwendig, um die frühere Art der Eintragungen den neuen Bestimmungen anzupassen. Miteigentumsrechte, die nach früherem Rechte, insbesondere nach bayerischem Landrecht erworben wurden, gelten ohne weiteres als Berechtigungen zu gleichen Anteilen. Vorherige Berichtigung des Grundbuchs bei einer Eintragung auf einem solchen Miteigentumsanteil ist nicht erforderlich.

II. Gesamteigentum. 1. OLG. **29** 312 (KG.). Der Umstand, daß es sich bei dem Grundstücke wie auch sonst bei Interessentengrundstücken nicht um frei bewegliche Miteigentumsrechte, sondern um Anteilsrechte einer bestimmt begrenzten Gemeinschaft an einem im Interesse dieser Gemeinschaft für längere Zeit als wirtschaftliches Ganzes aufrecht zu erhaltenden Gelände handelt, berechtigt zu dem Schlusse, daß nicht ein gewöhnliches Miteigentumsrecht nach Bruchteilen vorliegt, sondern eine deutschrechtliche Gesamthandschaft. Hieran

wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß die Gemeinschaft, soweit ersichtlich, eine Vertretung nach Maßgabe des G. vom 2. April 1887 nicht erhalten hat. Diese Auffassung wird durch derartige Interessentengrundstücke, besonders auch für das Gebiet des früheren ALR., in der Literatur überwiegend vertreten, so bei Güthe (2) 1355 Anm. 31; Predari 598; Turnau-Förster II 715 VI; Kluckhuhn, Recht der Wirtschaftswege 138, 143, 157; Holzapfel, Grundbuchrecht usw. 188, 141 und Anm. 7 u. 13. Sie steht auch im Einklange mit den Ausführungen von Spieß, ZBlFG. **3** 611 und von Stöckel, Grundbuchberichtigungen 30. Soweit KGJ. **29** 123 einen abweichenden Standpunkt vertritt, kann er nicht aufrecht erhalten werden, wobei jedoch bemerkt werden mag, daß die vorstehend erörterte Auffassung in den Fällen nicht Platz greifen kann, in denen im einzelnen durch einen Rezeß eine abweichende Gestaltung der Miteigentumsrechte ersichtlich hat herbeigeführt werden sollen, wie dieses z. B. in den Fällen KGJ. **16** 60 zutraf.

2. OLG. **29** 312 (KG.). Hier kommt in Betracht, daß nach § 4 Abs. 3 AVf. vom 20. November 1899 eine nach Maßgabe des Gesetzes, betreffend die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten, vom 2. April 1887 mit einer Vertretung ausgestattete Gesamtheit der Beteiligten als Berechtigte eingetragen werden kann, ohne daß es der Bezeichnung der einzelnen Beteiligten bedarf. Wie die Eintragungen bei einer nicht derartig organisierten Gemeinschaft zu lauten haben, ist streitig. Es wird jetzt überwiegend gegen die aus KGJ. **29** 123 zu entnehmende Ansicht angenommen, daß auch in solchen Fällen „die Gesamtheit der Beteiligten" mit einer ihren Kreis klarstellenden Beteiligung eingetragen werden kann, daß auch die Eintragung „der jeweiligen Eigentümer der (da und da belegenen oder näher zu bezeichnenden) Grundstücke" nicht unzulässig ist (vgl. Güthe, Anm. 81 zu Art. 12 AG.; Turnau-Förster II 715 VI Predari 598).

3. KGJ. **46** 226 (KG.). Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß die Forderung jedes Gesamtgläubigers ihre gesonderten Rechtsschicksale haben, z. B. gesondert abgetreten und erlassen werden kann; trotzdem tragen aber die mehreren Forderungen insoweit einen einheitlichen Charakter, als sie sämtlich durch einheitliche Befriedigung getilgt werden (§ 428 BGB.). Trotz rechtlicher Selbständigkeit ihrer Forderungen stehen die Gesamtgläubiger also in einer Forderungsgemeinschaft, welche durch die gesetzliche Befriedigungsgemeinschaft begründet wird. Dies spricht aber entscheidend für die Zulässigkeit einer Einheitshypothek für die Gesamtgläubigerforderungen, denn der Zweck der Hypothek ist nach § 1113 BGB. die Befriedigung des Gläubigers wegen der pfandgesicherten Forderung. Kraft der gesetzlich begründeten Befriedigungsgemeinschaft wirkt die Erreichung dieses Zweckes der Hypothek notwendig tilgend für die Forderungen sämtlicher Gesamtgläubiger. Ist es hiernach ausgeschlossen, daß die Befriedigung eines Gesamtgläubigers zur Vervielfältigung der Hypothek für mehrere Gesamtgläubigerforderungen führt, so kann nicht anerkannt werden, daß die Zulassung einer solchen Einheitshypothek dem Zwecke und dem Wesen der Hypothek widersprechen würde. Die Art der Berechtigung der mehreren eingetragenen Gesamtgläubiger muß durch die Bezeichnung der Gläubiger „als Gesamtgläubiger" bei der Eintragung der Hypothek kenntlich gemacht werden. Dies folgt aus der Notwendigkeit, die zu sichernde Forderung ausreichend zu kennzeichnen, und ergibt sich auch aus § 48 GBO., dessen mindestens entsprechende Anwendung insoweit geboten erscheint.

4. KGJ. **45** 333 (KG.). Das Recht der im ungeteilten Gute sitzen gebliebenen Witwe am Vermögen ihres verstorbenen Mannes nach Jütisch Low hat zum Inhalte, daß die Witwe den Anteil ihres verstorbenen Mannes am gütergemeinschaftlichen Vermögen für sich ausschließlich in Besitz zu nehmen, zu nutzen und

darüber unbeschränkt zu verfügen befugt ist. Die hiernach bestehende Gemeinschaft ist nicht nur tatsächlicher Art, sondern eine wirkliche Rechtsgemeinschaft, die sich weder mit dem Miteigentume nach Bruchteilen, noch mit dem Gesamthandverhältnisse deckt. Das Verhältnis kann als „fortgesetzte Gütergemeinschaft nach Jütisch Low" bezeichnet und unter dieser Benennung gemäß § 48 GBO. in das Grundbuch eingetragen werden.

III. Sukzessivberechtigung. Die Entsch. d. OLG. Rostock JDR. **12** zu § 48 Ziff. 1 auch OLG. **29** 375.

§ 50. 1. RJA. **13** 135, OLG. **29** 410 (KG.). Was die Frage betrifft, ob überhaupt die Eintragung eines Altenteils für mehrere Personen, insbesondere für Ehegatten, zulässig ist oder ob für jeden Berechtigten je ein selbständiges Altenteilrecht eingetragen werden muß, so besteht für das geltende Recht kein zwingender Anlaß, hierin von der früher hergebrachten Übung der einheitlichen Eintragung abzuweichen. Eben deswegen weil das Altenteil kein einheitliches dingliches Recht ist und weil nach § 50 GBO. die einzelnen unter der Bezeichnung Altenteil zusammengefaßten Rechte nicht der Eintragung bedürfen, ist der Grundbuchrichter auch einer Entscheidung der Konstruktionsfrage überhoben, ob bezüglich einzelner von jenen Rechten, insbesondere des Wohnungsrechts, worüber in der Rechtslehre Streit besteht, die Möglichkeit der Bestellung eines gemeinschaftlichen Rechtes für mehrere Berechtigte anzuerkennen oder zu verneinen ist. Welches praktische Interesse den Grundbuchrichter zu einer Stellungnahme zu jener wesentlich theoretischen Frage nötigen sollte, ist nicht ersichtlich. Durch die Eintragung des Altenteils für mehrere Leibzüchter wird der Frage, in welchem Verhältnisse die Berechtigten zu den einzelnen Rechten oder bezüglich ihrer zueinander stehen, keineswegs vorgegriffen. Dieses Verhältnis ist nach der Natur der einzelnen Rechte und im übrigen nach der Art und Weise ihrer Begründung im einzelnen Falle zu beurteilen; es kann bei der Eintragung des Altenteils auf sich beruhen. Die Eintragung des Altenteils für mehrere Leibzüchter unter einer und derselben Nummer aber rechtfertigt sich durch die Einheit des Bestellungsaktes und durch den — mindestens wirtschaftlichen — Zusammenhang der den mehreren Berechtigten zustehenden Rechte, der auch im Art. 15 § 10 AGBGB. zu der stillschweigenden Anerkennung eines (in diesem Sinne) einheitlichen Rechtes geführt hat. Voraussetzung ist natürlich, daß die Beteiligten wirklich ein einheitliches Altenteil und nicht verschiedene, voneinander unabhängige Altenteile haben schaffen wollen, welche Möglichkeit z. B. bei der Aussetzung von Altenteilen für einen Elternteil und ein versorgungsbedürftiges Geschwister des Gutsübernehmers regelmäßig zutreffen wird, aber auch bei den Ehegatten (Eltern) nicht schlechthin ausgeschlossen ist. Daß die Schaffung eines einheitlichen Altenteils gewollt ist, wird namentlich dann meistens anzunehmen sein, wenn hinsichtlich aller oder einzelner Leistungen ein Mitberechtigungs- oder Gesamtberechtigungsverhältnis zwischen den Altenteilsnehmern besteht.

2. RJA. **13** 135, OLG. **29** 410 (KG.). Wie bereits in KGJ. **40** A 250 ausgeführt worden ist, ist das Altenteil als einheitliches dingliches Recht an einem Grundstücke dem heutigen Rechte unbekannt. Es ergibt sich das schon aus seiner Nichterwähnung im BGB. und der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte. Der Vorbehalt des Art. 96 EGBGB. betrifft nur die schuldrechtliche Seite des Verhältnisses, den Altenteilsvertrag; nur dieser hat daher auch im Art. 15 AGBGB. eine, überdies nicht erschöpfende, Regelung erfahren. Durch die Vorschrift des § 50 GBO. wird hieran nichts geändert; sie bedeutet nur, daß über den allgemeinen Satz des § 874 BGB. hinaus nicht nur zur Bezeichnung des Inhalts der Rechte, sondern zur Bezeichnung der einzelnen Rechte selbst, aus denen sich das Leibgedinge zusammensetzt, auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden darf. Ist hiernach das Altenteil kein einheitliches ding-

liches Recht, sondern nur eine Zusammenfassung verschiedenartiger, durch die Person des Berechtigten und den gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck verbundener Rechte unter eine einheitliche Bezeichnung, so ergibt sich daraus ohne weiteres, daß bei der Eintragung eines Altenteils für mehrere Berechtigte der § 48 GBO. dann keine Anwendung findet, wenn, wie dies dem Zwecke und der Absicht des § 50 GBO. entspricht, die einzelnen Leistungen nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Denn unter einem „Recht" im Sinne des § 48 ist nur ein wahres dingliches Recht zu verstehen, das an einem Grundstück oder einem Grundstücksrechte besteht.

3. Josef, RheinA. **6** 227 (240). Der § 50 GBO., der für den Fall der Eintragung von Dienstbarkeiten und Reallasten als Altenteil die Bezeichnung der einzelnen Rechte erläßt, hat lediglich den formellen Zweck, die Überfüllung der Grundbücher zu verhüten, und besagt also nicht, daß die einzelnen Rechte, aus denen das Altenteil besteht, gemeinschaftliche rechtliche Geschicke haben müsse. Der Umstand, daß einzelne dieser Rechte kraft Gesetzes unübertragbar sind, steht also der Übertragbarkeit der anderen Rechte nicht entgegen. Vgl. auch Josef oben Ziff. 2 zu § 1093 BGB.

§ 52. I. Die Eintragung des Rechtes des Nacherben. 1. ZBlFG. **14** 463 (Dresden). Die Eintragung des Rechtes des Nacherben hat nach § 52 GBO. von Amts wegen zu erfolgen und kann daher nicht von einer Eintragungsbewilligung abhängig gemacht werden. Die Grundlage für die Eintragung bildet der vorgelegte Erbschein oder das vorgelegte öffentliche Testament. Einzutragen ist „das Recht des Nacherben", zu der Eintragung gehört die Bezeichnung des Nacherben als des Berechtigten. Steht die Person des Erben fest, so ist er mit Namen zu bezeichnen; anderenfalls ist die Anordnung des Erblassers einzutragen, nach der sich die Person des Nacherben bestimmt.

2. ZBlFG. **14** 463 (Dresden). Die Ernennung von Testamentsvollstreckern kann nicht dazu führen, die Miteintragung des Rechtes der Nacherben zu unterlassen. Zwar steht einem Testamentsvollstrecker nach § 2205 Satz 2 BGB. das unbeschränkte Recht zur Verfügung über die erbschaftlichen Gegenstände zu, und gleichwie die ernannten Testamentsvollstrecker ohne Zustimmung der Vorerben über die einzutragende Hypothek verfügen können, ist dazu auch nicht die Zustimmung der Nacherben erforderlich. Die Testamentsvollstrecker können aber wegfallen, und mit ihrem Wegfalle tritt das nach § 2211 Abs. 1 BGB. bis dahin ausgeschlossene Verfügungsrecht der Vorerben in Kraft; demgegenüber würden die Nacherben des ihnen gebührenden Schutzes entbehren, wenn ihr Recht nicht mit zur Eintragung gelangte.

3. SchlHolstAnz. **14** 315 (LG. Kiel). Im Testament ist verfügt, daß der längstlebende Universalerbe des Erstversterbenden mit völlig freier Verfügungsgewalt sein soll, daß daneben freilich auch die Kinder Erben seien, aus dem Nachlasse des Erstversterbenden aber nur dasjenige erben sollen, was davon beim Tode des Längstlebenden noch übrig ist. Für solche Fälle verordnet aber das Gemeine Recht, daß der Universalfiduziar zur freien Verfügung über drei Viertel des Nachlasses berechtigt sei und in besonderen Fällen auch das letzte Viertel angreifen dürfe. Daraus ergibt sich, daß er in seiner Verfügung über Grundstücke nicht beschränkt war, denn der Grundbuchrichter konnte nicht prüfen, ob diese zu dem letzten Viertel des Nachlasses gehörten, und es wurde demnach in der früheren Praxis seine unbeschränkte Verfügungsmacht allgemein anerkannt. Mit dieser steht aber die Eintragung des Nacherben in Widerspruch. Sie ist daher nach dem maßgebenden Rechte vor 1900 als unrichtig zu erachten.

4. ElsLothNotZ. **14** 208 (Colmar). Wenn das Recht des Nacherben im Grundbuche nicht eingetragen ist, so kann eine Teilung über Grundstücke des Erblassers und solche, die zwischen den Erben und der überlebenden Witwe gemein-

schaftlich waren, jenen aber von dieser mit der Verpflichtung zur Losebildung und Zuteilung geschenkt wurden, auch dann nicht die Unterlage für die sofortige Eintragung der durch sie herbeigeführten Rechtsänderung bilden, wenn nur ein Beteiligter als Vorerbe mitgewirkt hat, weil durch diese Teilung das Recht des Nacherben beeinträchtigt sein kann.

II. Die Rechtsstellung der Nacherben. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 210. Bis zum Eintritte der Nacherbfolge ist der Vorerbe wahrer und alleiniger Erbe. Auch was er aus der Erbschaft in der im § 2111 gekennzeichneten Weise erlangt, erwirbt er deshalb zunächst für sich, nicht etwa für den Nacherben. Erst in dem Zeitpunkte des Eintritts der Nacherbfolge fallen mit der Erbschaft (§ 2139) auch die gemäß § 2111 der Erbschaft hinzutretenden Gegenstände dem Nacherben zu. Bis dahin aber hat an diesen Gegenständen weder der Nacherbe ein greifbares Recht, wennschon ihm in beschränktem Maße die Vorschrift im § 52 GBO. zu Hilfe kommen mag, noch auch kann sie ein Nachlaßgläubiger als zum Nachlasse gehörig in Anspruch nehmen.

2. **RG. 83** 434, JW. **14** 411. Dem Antrage des Nacherben auf Eintragung eines an seinem eingetragenen Rechte bestehenden Pfandrechts ist stattzugeben, da durch Abtretung oder Verpfändung des Nacherbenrechts nur dieses, nicht das Recht des Vorerben, eine rechtliche Veränderung erfährt. Behält man im Auge, daß Gegenstand einer nach § 52 GBO. erfolgten Eintragung „das Recht des Nacherben" ist, und hält man zugleich daran fest, daß dieses Recht wirksam veräußert und verpfändet werden kann (**RG. 80** 377 ff., GruchotsBeitr. **52** 630), dann folgt auch, daß im Falle einer solchen Veräußerung oder Verpfändung eine dergestalt veränderte Rechtslage entsteht, daß nunmehr das Recht überhaupt nicht mehr dem Nacherben zusteht, sondern seinem Rechtsnachfolger, oder daß es doch, bei einer bloßen Verpfändung, von dem Nacherben wenigstens nicht mehr für sich ausgeübt werden kann, solange das Pfandrecht fortbesteht. Insbesondere könnte fortan auch nicht mehr der Nacherbe, sondern nur noch sein Rechtsnachfolger oder aber sein Pfandgläubiger von den Befugnissen aus § 2113 BGB. Gebrauch machen (**RG. 80** 377 ff.), und es wären demgemäß auch nur noch die Letztgenannten, dagegen nicht der Nacherbe, wenigstens dieser nicht allein, schutzbedürftig. Endlich aber ergebe sich somit, daß jetzt der Buchinhalt, falls man der eingetretenen Veränderung nicht im Wege einer Eintragung Rechnung trüge, mit der neuen wirklichen Rechtslage nicht im Einklange stünde; der unveränderte Buchinhalt würde vielmehr den Anschein erwecken, als gälte die Verfügungsbeschränkung noch ausschließlich zugunsten des Nacherben, während solches in Wirklichkeit nicht zuträfe, und so könnte dieser irreleitende Inhalt des Grundbuchs gerade zu den Unzuträglichkeiten führen, denen — gegenüber den Grundsätzen vom gutgläubigen Erwerbe — die Eintragung vorzubeugen bestimmt ist (§ 892 BGB.). Unter solchen Umständen kann es daher nur dem Willen des Gesetzes entsprechen, wenn die Möglichkeit zugestanden wird, den Grundbuchinhalt der veränderten Sachlage wieder anzupassen und dazu mithin eine neue, zweckentsprechende Eintragung zu gestatten. Daß solche Berichtigungen ausschließlich bei Eintragungen zulässig wären, durch die ein Recht am Grundstücke begründet worden, dafür bietet das Gesetz keinen Anhalt. Der § 19, der die Eintragung von der Bewilligung des Betroffenen abhängig macht, enthält keine derartige Einschränkung, und ebensowenig der § 22, der gegenüber dem § 19 eine Ausnahme vorsieht.

§ 53. RheinZ. **14** 440 (LG. Wiesbaden). § 53 GBO. ist auch bei Eintragung eines Vermächtnisnehmers anwendbar und besonders auch dann, wenn es sich um ein Grundstück handelt, das erst nachträglich mit den Mitteln der Erbschaft erworben wurde.

§ 54. I. Widerspruch. 1. Voraussetzungen der Eintragung des Widerspruchs. a) OLG. **29** 413, ElsLothJZ. **14** 372, ElsLoth.

NotZ. **14** 105 (Colmar). Die Berechtigung des Staats, im Wege der Beschwerde die Eintragung eines Widerspruchs nach § 54 zu verlangen, hängt nur davon ab, daß die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs von Amts wegen gegeben sind. Dazu kommt weiter das Erfordernis, daß die Eintragung des Widerspruchs ersichtlich auch irgendeine Wirkung äußern kann, also nicht ganz zwecklos wäre. Nicht aus dem besonderen Schutzzwecke der Vorschrift (vgl. Landauer, ZBlFG. **12** 325), sondern aus ihrem Inhalte selbst ergibt sich die letztere Beschränkung, denn nur der Wirkungen halber, die der eingetragene Widerspruch nach dem Gesetze hat, ist seine Eintragung und nicht eine sonstige amtliche Verlautbarung der Unrichtigkeit des Grundbuchs vorgeschrieben. Dagegen ist nicht zu fordern, daß auch die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Staat nach § 12 GBO. für einen aus der Unrichtigkeit des Grundbuchs dem Berechtigten entstehenden Schaden haftbar ist. Es kommt also nicht darauf an, ob die unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommene Eintragung dadurch zustande gekommen ist, daß ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegende Amtspflicht verletzt hat. . . . Es lassen sich im voraus nicht alle Möglichkeiten bestimmen, die für eine Wirksamkeit der Widerspruchseintragung gegen den Eintritt der im § 892 bestimmten Rechtsfolge in Betracht kommen können. Außerdem ist die Ausschließung der im § 892 bestimmten Rechtsfolge zwar die wichtigste, aber keineswegs die alleinige Rechtswirkung des Widerspruchs. Daß bei der hier vorliegenden Unrichtigkeit des Grundbuchs die Eintragung eines Widerspruchs auch nach Maßgabe der Vorschriften, z. B. der §§ 900, 902 BGB., §§ 9 Nr. 1, 48 ZVG. nicht wirksam werden könnte, läßt sich ebensowenig ohne eine eingehende Untersuchung der in Betracht kommenden Möglichkeiten sicher feststellen. **b)** KGJ. **45** 210 (KG.). Da ein Widerspruch gegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs nur eingetragen werden kann, wenn diese Unrichtigkeit noch im Zeitpunkte der Eintragung fortbesteht, so ist zu prüfen, ob das Nichtvorliegen gutgläubigen Erwerbes hinreichend glaubhaft gemacht ist (KGJ. **41** 225). **c)** Reiß, Grenzrecht und Grenzprozeß 116. Wo die Interessen des wahren Eigentümers, des Buchberechtigten und auch des Fiskus berücksichtigt sein wollen, da dürfte es doch das Richtigste sein, daß der Fiskus dann, wenn es sich um Schonung der Interessen des einen der beiden anderen, hier des Buchberechtigten handelt, zurücktritt und die beiden anderen um ihre Rechtsstellung mit den ihnen vom Gesetze für den Streit untereinander zugewiesenen Waffen kämpfen läßt. Wenn, wie in den Fällen des § 54 Abs. 1 Satz 1 die Sachlage den Fiskus dem wahren Eigentümer als Interessengenossen zur Seite treten läßt, dann dürfen für diese Partei nicht besondere Waffen in Anwendung kommen, sondern der Fiskus, wenn er zum Schutze seiner Interessen handelnd eingreift, wie er dies durch den einen Widerspruch eintragenden Grundbuchrichter tut, muß sich hierbei in den Grenzen der Mittel halten, die seinem Parteigänger, dem wahren Eigentümer, gesetzlich zustehen, er darf nicht diesem durch Überschreitung dieser Mittel Vergünstigungen verschaffen, die ihren Grund nicht in der von diesem vertretenen Sache selbst, sondern nur in seiner zufälligen Bundesgenossenschaft mit den fiskalischen Interessen haben würden. . . . Auch nach § 54 ist die Eintragung des Widerspruchs daher unzulässig, wenn dadurch ein nach Eintritt der Unrichtigkeit eingetragenes Recht eines Dritten betroffen wird, es sei denn, daß diesem die Unrichtigkeit bekannt gewesen sei und die Kenntnis der Unrichtigkeit dem Grundbuchamte nachgewiesen werde.

2. Inhalt der Eintragung des Widerspruchs. **a)** KGJ. **45** 230, OLG. **29** 315 (KG.). Wie das KG. bereits in dem Beschl. vom 11. November 1901, KGJ. **23** A 133, ausgeführt und seitdem in ständiger Rechtsübung wiederholt ausgesprochen hat, muß der Widerspruch einen bestimmten Berechtigten angeben. **b)** KGJ. **45** 210 (KG.). Ist ein Grundstück als persönliches Eigentum Sepa-

rationsbeteiligter gebucht, während es einer Gesamtheit von Separationsbeteiligten gehört, steht aber noch nicht fest, ob Eigentümerin die Gesamtheit aller Separationsbeteiligten oder die Gesamtheit einer Gruppe von ihnen ist, so ist jedenfalls dann, wenn alle Gesamtheiten denselben Vertreter haben, der Widerspruch zugunsten aller in Betracht kommenden Gesamtheiten einzutragen.

II. Inhaltlich unzulässige Eintragung. 1. BayRpflZ. **14** 327 (BayObLG.). Eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung liegt vor, wenn nicht bloß Eintragungsvoraussetzungen fehlen, sondern wenn die Eintragung nach dem Gesetz ausgeschlossen ist. Solche Eintragungen sind bedeutungslos, der öffentliche Glaube erstreckt sich nicht auf sie. An dem Anteil eines Ehegatten an dem Gesamtgute kann nach dem BGB. durch Zwangsvollstreckung ein Recht nicht begründet werden. Dies gilt auch schon, bevor das Grundbuch angelegt ist. Eine gleichwohl erfolgte Eintragung steht mit dem Wesen und der rechtlichen Natur des Gesamtguts im Widerspruch und ist daher ihrem Inhalte nach unzulässig.

2. HessRspr. **15** 10 (HessJustMinVf.). Da der Inhalt der beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten im Grundbuch selbst auch nicht einmal im allgemeinen bezeichnet ist und daher die nach § 874 BGB. nur zur näheren Inhaltsbezeichnung zulässige Bezugnahme nicht genügt, so ist insoweit der Grundbucheintrag, weil inhaltlos, inhaltlich unzulässig. Gleichzeitig ist aber infolgedessen auch der Eintragungsantrag bezüglich der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten noch unerledigt. Es wird daher dem Grundbuchrichter anheimzugeben sein, von der an sich nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. gebotenen amtswegigen Löschung des inhaltlich unzulässigen Grundbucheintrags zwar abzusehen, den Grundbucheintrag aber in Erledigung des bis dahin noch unerledigt gebliebenen Eintragungsantrags durch nachträgliche amtswegige Beifügung des Wortes „Auszug" zu den im Grundbuch eingetragenen Worten „sonstige beschränkte persönliche Dienstbarkeiten" nach Maßgabe des § 50 GBO. zu einem inhaltlich zulässigen und bedeutungsvollen Grundbucheintrage zu machen.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **58** 1033, BayRpflZ. **14** 301, WarnE. **14** 355. Wäre wegen ungenügender Bezeichnung der Forderung die Unwirksamkeit der Hypothek anzunehmen, so würde doch nicht eine Eintragung vorliegen, die nach ihrem Inhalte so offensichtlich unzulässig ist, daß sie nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. von Amts wegen gelöscht werden könnte. Es würde der Fall des ersten Satzes des § 54 aaO. gegeben sein, der bei einer Unrichtigkeit des Grundbuchs, die das Grundbuchamt durch eine Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften herbeigeführt hat, von Amts wegen nur die Eintragung eines Widerspruchs gestattet. Die Löschung könnte beim Mangel einer Einwilligung des Berechtigten nur mit der Grundbuchberichtigungsklage des § 894 BGB., vielleicht auch (vgl. Güthe, Anm. 26 zu § 54 aaO.) unter Anwendung des § 22 GBO. mit der von dem Berufungsrichter zugelassenen Feststellungsklage herbeigeführt werden. S. den Bericht zu § 1115 BGB.

4. KGJ. **46** 217, OLG. **29** 327 (KG.). Unter „vorgehenden" Belastungen im Sinne des § 5 PrG. betr. die Zulassung einer Verschuldungsgrenze usw. vom 20. August 1906 sind nicht nur die im Range vorgehenden, sondern sämtliche eingetragenen Belastungen zu verstehen. Ist die Verschuldungsgrenze nach dem angeführten Gesetz eingetragen, so ist die Eintragung einer jenseits dieser Grenze liegenden Belastung nichtig.

5. KGJ. **45** 254 (KG.). Die Grundbucheintragung eines Veräußerungsverbots zugunsten einer bestimmten Person ist inhaltlich unzulässig, wenn die begünstigte Person in der Eintragung nicht genannt ist.

6. BayNotZ. **14** 262 (BayObLG.). Eine Eintragung auf den Anteil eines Ehegatten, der in Gütergemeinschaft lebt, ist auch wenn die Eintragung schon vor Inkrafttreten des Grundbuchrechts erfolgt ist, unzulässig.

7. WürttZ. **14** 109 (Stuttgart). Es ist nach den Grundsätzen der Grundbucheinrichtung undenkbar, daß im Grundbuch eine Verfügungsbeschränkung zuungunsten einer Person eingetragen ist, welche weder der wirklich Berechtigte ist, noch nach den Einträgen im Grundbuch als der buchmäßig Berechtigte gilt. Der Eintrag wird deshalb als inhaltlich unzulässig erscheinen.

8. BayNotZ. **15** 236 (Königsberg). Eine Zwangs-Sicherungshypothek, die entgegen den Vorschriften im § 867 Abs. 2 ZPO. auf jedem Grundstück in voller Höhe eingetragen ist, ist nichtig.

9. R. **14** Nr. 2737 (BayObLG.). Ist unter Verletzung des § 867 ZPO. eine Zwangshypothek eingetragen worden, so ist sie von Amts wegen zu löschen.

10) KGJ. **46** 200 (KG.). Ist eine Eintragung wegen Nichtangabe des Berechtigten inhaltlich unzulässig, ist jedoch in einem besonderen Vermerke die fehlende Angabe unter Benutzung des früheren Vermerkes nachgeholt, so ist dieses Verfahren zwar vorschriftswidrig, führt aber gleichwohl jedenfalls dann zu einer inhaltlich zulässigen Eintragung, wenn der einheitlichen Lesung des neuen Vermerkes mit dem früheren der Mangel des örtlichen und zeitlichen Zusammenhanges nicht entgegensteht. Das ist eben begrifflich keine Heilung oder Ergänzung der früheren Eintragung, sondern eine neue, zwar vorschriftswidrige, aber wirksame Eintragung, die allerdings ein unrichtiges Datum trägt, wenn man das Datum des ursprünglichen unzulässigen Vermerkes als das Datum der Gesamteintragung ansieht. Der Standpunkt der Zulässigkeit solcher einmal erfolgter Eintragungen wird auch in der Rechtslehre vertreten (vgl. hierzu Arnheim, GBO. [2] § 54 Anm. 26; du Chesne bei Predari, GBO. [2] § 54 Anm. 13 und RheinZ. **4** 199 ff.; Güthe, JW. **12** 609, 620, aber auch GBO. § 54 Anm. 31) oder doch angeregt (Oberneck, GBR. [4] I 216), wenn auch vielfach angenommen wird, daß eine nur ergänzende Eintragung schlechthin unzulässig sei. . . . Eine Löschung des ersten Vermerkes ist in diesem Falle nicht zulässig.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

§ 56. KGJ. **46** 196 (KG.). Der § 12 FGG. gilt allerdings in Grundbuchsachen nicht; auch eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung ist ausgeschlossen, soweit es sich um den Nachweis der Voraussetzungen für eine beantragte Eintragung handelt, dieser Nachweis muß vielmehr vom Antragsteller in der durch §§ 29 ff. GBO. vorgeschriebenen Form erbracht werden (vgl. Begr. zu Art. 1 PrFGG.). In Rechtslehre und Rechtsprechung ist indes anerkannt, daß das Grundbuchamt in denjenigen Fällen, in denen nach den gesetzlichen Vorschriften ein Einschreiten von Amts wegen geboten ist, auch das Recht und die Pflicht hat, die zur Feststellung des Tatbestandes erforderlichen Ermittlungen anzustellen (vgl. Güthe, GBO. [3] § 1 Anm. 42; Predari [2] Anm. 14; Arnheim [2] Anm. 37). Entstehen Zweifel darüber, ob für eine Hypothek, über die nach den gesetzlichen Vorschriften ein Hypothekenbrief erteilt werden muß, bereits ein Hypothekenbrief erteilt ist, so ist daher das Grundbuchamt verpflichtet, von Amts wegen die zur völligen Aufklärung des Sachverhalts erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten.

§ 57. KGJ. **45** 291 (KG.). Zu den die Hypothek betreffenden Eintragungen im Sinne des § 57 Abs. 2 Nr. 3 GBO. und des § 38 Abs. 2 Nr. 1 AVf. vom 20. November 1899 gehört, falls der Hypothek vor einer anderen Post der Vorrang eingeräumt ist, auch der bei der zurücktretenden Post eingetragene Vermerk des Vorranges der Hypothek. Dieser Vorrangsvermerk ist daher neben dem bei der vortretenden Hypothek eingetragenen Vorrangsvermerk in den über die vortretende Hypothek gebildeten Hypothekenbrief aufzunehmen.

§ 62. **RG. 83** 290, RJA. **13** 124, JW. **14** 152. Auszugehen ist davon, daß die GBO. (§§ 13 ff.) von dem Grundsatze des Parteibetriebs beherrscht wird, und

daß ein amtliches Vorgehen, insbesondere Zwangsmaßnahmen, nur da gestattet sind, wo die GBO. sie besonders zuläßt (vgl. auch § 33 FGG.). Eine solche Zwangsmittel rechtfertigende Vorschrift konnte nun zunächst in dem § 62 Abs. 1 GBO., auf den das OLG. den größten Wert gelegt hat, nicht gefunden werden. § 62 Abs. 1 hat allerdings die Form einer gebietenden (sog. Muß-) Vorschrift, hat aber, wie Güthe, auf den das OLG. an erster Stelle sich berufen hat, selbst zugibt, nur die Bedeutung einer sog. Sollvorschrift (Güthe aaO. II 1107, Anm. 17 zu § 62). Er hat zur Voraussetzung, daß das Grundbuchamt in gesetzmäßiger Weise nach § 42 GBO. durch Vorlegung seitens der Antragsteller in den Besitz der Hypothekenbriefe gelangt ist. Wie wenig aus dem Abs. 1 des § 62 und aus seiner Fassung ein Zwangsrecht des Grundbuchamts zu folgern ist, ergibt schon der Abs. 2 des § 62, der in bestimmten Fällen dieses Zwangsrecht gewährt und der völlig überflüssig wäre, wenn schon der Abs. 1 das Zwangsrecht allgemein enthielte. Es könnte sich also nur um die analoge Anwendung des § 62 Abs. 2 GBO. handeln; dessen Voraussetzungen sind aber schon deshalb nicht gegeben, weil es an jeder Rechtsähnlichkeit der dort behandelten Fälle mit dem hier in Rede stehenden fehlt. Eine gewisse Ähnlichkeit scheint zwar auf den ersten Blick mit dem Falle des zweiten Satzes vorzuliegen, wonach ein Widerspruch, der gemäß § 42 Abs. 1 Satz 2 und § 54 Abs. 2 GBO. auf Grund einer einstweiligen Verfügung ohne Vorlegung des Hypothekenbriefs eingetragen worden ist, nachträglich unter Einholung des Briefes auf diesem vermerkt werden soll. Zu beachten war aber, daß es sich bei diesem Falle um eine vollstreckbare Entscheidung und um die Eintragung eines Widerspruchs, nicht eines Rechtes handelt. Und selbst diese beschränkte Durchbrechung des Grundsatzes des früheren preußischen Rechtes hat bei der Beratung des Gesetzentwurfes zu großen Bedenken Anlaß gegeben und besondere Rechtfertigung erfordert. Es ist dabei darauf hingewiesen worden, daß die Vorschrift nur Widersprüche gegen den Bestand der Hypothek im Auge habe und auf andere einstweilige Verfügungen, insbesondere solche, die eine Abtretung betreffen, keine Anwendung leide. Vgl. D. z. Entw. der GBO. (Aktenstück Nr. 631 S. 16) und KommBer. zu § 40 d. Entw. (Aktenstück Nr. 686 S. 23). Eher könnte, da es sich um eine versehentliche Eintragung handelt, die Analogie des ersten Satzes des § 62 Abs. 2 in Verbindung mit § 54 Abs. 1 GBO. herangezogen werden. Dabei war aber wieder zu berücksichtigen, daß diese Vorschriften nur Maßnahmen zur Beseitigung versehentlicher Eintragungen, und soweit Rechte bereits entstanden sind und eine gänzliche Beseitigung nicht möglich ist, die Eintragung eines Widerspruchs, nötigenfalls im Wege des Zwanges, gestatten. Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um die Beseitigung der ungesetzlichen Eintragung und auch nicht um die Eintragung eines Widerspruchs, der sie wenigstens teilweise unschädlich machen könnte, sondern um deren vollständige Durchsetzung mit Hilfe staatlichen Zwanges. Privatinteressen, die bereits durch die versehentliche Eintragung verletzt sind, sollen vollends beiseite geschoben werden. Daß diese Interessen im vorliegenden Falle nicht schwer wiegen, konnte nicht in Betracht kommen, da die Sache auch anders liegen kann. Auf der anderen Seite aber handelt es sich im wesentlichen nur um die Interessen fahrlässiger Antragsteller und unvorsichtiger Grundbuchbeamter, die die Anwendung staatlichen Zwanges nicht rechtfertigen können.

§ 66. KGJ. **46** 233, OLG. **29** 356 (KG.). Die Frage, ob es zulässig ist, mehrere Hypotheken in eine einheitliche Hypothek umzuwandeln, wird überwiegend verneint (vgl. Güthe 205 Anm. 31; Oberneck II 114; Predari § 65 Anm. 1 e). Das BayObLG. (RJA. **8** 45, KGJ. **33** A 330) bemerkt dazu, eine solche Vereinigung sei im BGB. nicht vorgesehen, weil sie für den Bereich des Grundbuchrechts keinen sachlichen Zweck habe. Güthe gelangt zu seiner Ansicht aus der Erwägung, daß die Zulassung einer derartigen Vereinigung zu einer Rangstellenbeseitigung führen würde, deren Zulässigkeit mangels ausdrücklicher Vor-

schrift zu verneinen sei. Die Frage bedarf indes hier keiner allgemeinen Entscheidung. Denn vorliegend handelt es sich um eine ursprünglich einheitliche, unter einer Nummer eingetragene Hypothek, die nur vorübergehend infolge einer Teilabtretung für jeden Teil einen anderen Gläubiger gehabt hat. Diese Teile haben sich wieder in der Hand eines Gläubigers vereinigt, ihre Zahlungsbedingungen sind die gleichen, und nach den bei dem Grundbuchamte gestellten Anträgen, denen zu entsprechen sein wird, sollen sie den gleichen Rang erhalten, und es soll über den nach Abzweigung der 4800 M. verbliebenen Restbetrag von 143 700 M. nicht etwa nur ein gemeinschaftlicher Brief nach § 66 GBO., sondern nach § 67 das. ein einheitlicher neuer Hypothekenbrief gebildet werden. Unter diesen besonderen Umständen kann allerdings angenommen werden, daß die Teilhypotheken der ursprünglich einheitlichen Hypothek auch wieder ein einheitliches dingliches Recht geworden sind (vgl. Güthe § 66 Anm. 3, § 67 Anm. 8; Predari § 66 Anm. 5; Arnheim, GBO. [2] § 66 Anm. 3 b, § 67 Anm. 2; Oberneck II 217; KGJ. **26** A 166).

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

§ 71. I. Zulässigkeit der Beschwerde. 1. KGR. **46** 18 (KG.). Gegen die Entscheidung, welche das eine gerichtliche Urkunde verwahrende Gericht gemäß § 797 Abs. 1 u. 3 ZPO. über die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde trifft, findet nicht Beschwerde nach §§ 567 ff. das. statt. Vielmehr bestimmen sich die Rechtsmittel nach den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtbarkeit der Entscheidungen, welche das Gericht in der Eigenschaft erläßt, in der es die Urkunde verwahrt. Befindet sich die Urkunde in Grundakten, so trifft das Amtsgericht die Entscheidung als Grundbuchamt; es findet daher Beschwerde nach §§ 71 ff. GBO. statt.

2. OLG. **29** 329 (KG.). Die Eventualbeschwerde richtet sich gegen eine noch gar nicht vorhandene und nur als möglich oder wahrscheinlich vorgestellte Entscheidung. Sie ist deshalb zur Zeit ihrer Einlegung unzulässig und wird auch nicht dadurch zulässig, daß nachträglich die ins Auge gefaßte anzufechtende Entscheidung ergangen ist. Aus diesem vom **RG. 46** 418 und in der Literatur, besonders auch des Grundbuchrechts (Josef, DJZ. **04** 64; Predari, GBO. [2] § 71 Anm. 5; Oberneck I 155; Güthe § 71 Anm. 3) anerkannten, vom KG. am 23. Dezember 1912 (IX. 433/12) ausgesprochenen Grunde hätte die Beschwerde als unzulässig verworfen werden müssen. Der Umstand, daß das LG. dies verkannt und sachlich entschieden hat, begründet nach § 78 GBO. die weitere Beschwerde und die Aufhebung der Vorentscheidung. Die erste Beschwerde ist nunmehr von dem infolge der Aufhebung an die Stelle des LG. tretenden Gerichte der weiteren Beschwerde als unzulässig zu verwerfen (KGJ. **37** 220).

3. KGJ. **45** 220 (KG.). Die Beschwerde und die weitere Beschwerde richten sich gegen die Entschließung des Grundbuchamts, einen angekündigten, aber noch nicht gestellten Eintragungsantrag gegebenenfalls abzulehnen. Die Beschwerdefähigkeit dieser Entscheidung ist zu bejahen (KGJ. **38** A 255; **39** A 278).

4. R. **14** Nr. 2739 (BayObLG.). Die Beschwerde ist auch im Kostenpunkt allein zulässig.

5. Josef, WürttZ. **14** 33. Dem Grundbuchamte liegt keine Amtspflicht zur Erteilung einer Auskunft ob. Erteilt es sie aber freiwillig, und zwar nicht bloß als ein vorläufiges Gutachten, sondern als eine Entscheidung, die bestimmt ist, die Rechtslage der Beteiligten endgültig zu regeln, so stellt sie sich dar als eine Entscheidung im Sinne des § 71 GBO., und die Anfechtung solcher Entscheidungen in Grundbuchsachen steht jedem zu, der an der Beseitigung der Entscheidung ein Interesse hat. Zwar regelt die GBO. nur das Verfahren des Grundbuchamts auf

Eintragungsanträge, die bereits gestellt sind, und das Grundbuchamt ist nicht verpflichtet, Auskünfte der hier gedachten Art zu erteilen. Aber da das Gesetz die Erteilung solcher Auskünfte auch nicht verbietet, sind sie zulässig; folglich können die Beteiligten nach allgemeinen Grundsätzen die Nachprüfung der Richtigkeit der erteilten Auskunft durch das Beschwerdegericht verlangen.

6. OLG. **29** 392 (Braunschweig). Die an die Gerichtsschreiberei vom Amtsrichter erlassene Anweisung, den Grundbuchauszug auszufertigen, ist eine innere Angelegenheit des Gerichts, keine sich nach außen hin wendende Anordnung; sie beruht lediglich auf der im Beschlusse des LG. enthaltenen Anweisung, die das AG. zu befolgen hatte, und trägt daher nur den Charakter einer Ausführungsmaßregel. Beschwerde ist daher gegen sie nicht zulässig.

II. Beschwerdeberechtigung. 1. RJA. **13** 84, KGJ. **45** 145 (KG.). Stirbt im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Antragsteller nach Erlaß der abweisenden Verfügung, so steht das Beschwerderecht, sofern nicht der Antrag vermöge seines Gegenstandes mit dem Tode seines Urhebers erledigt ist, nach allgemeinen Grundsätzen dem Erben zu (s. hierüber Unger, BuschsZ. **34** 287, **37** 401). Der von Unger als abweichend bezeichnete Beschluß des KG. vom 9. Juni 1902 (KGJ. **25** A 3), der nicht den Fall einer Nachfolge, jedenfalls nicht einer Gesamtnachfolge, in das beeinträchtigte Recht betrifft, steht dem nicht entgegen. Er besagt nur, daß die Beeinträchtigung schon in der Person desjenigen Berechtigten eingetreten sein müsse, welcher zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Verfügung Inhaber des als beeinträchtigt bezeichneten Rechtes war.

2. RJA. **13** 84, KGJ. **45** 145 (KG.). Betreffs der Ausübung des Beschwerderechts bei einer Mehrheit von Beschwerdeberechtigten steht in der Rechtslehre zunächst soviel fest, daß eine notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO.) dem FGG. fremd ist (Josef, SeuffBl. **75** 672; Ebert-Dudek-Lindemann, FGG. § 20 Anm. 1 b y). In der Regel kann jeder der mehreren Beschwerdeberechtigten das Rechtsmittel selbständig einlegen, und es hat dessen Einlegung wie auch die darauf ergehende Entscheidung auf die Rechtsstellung der übrigen Beschwerdeberechtigten keinen Einfluß. Wenn jedoch nach dem materiellen Rechte ein bestimmter Antrag von mehreren Beteiligten nur gemeinschaftlich gestellt werden kann, so können die Beteiligten auch die Beschwerde gegen die den Antrag zurückweisende Verfügung nur gemeinschaftlich einlegen, da die Beschwerde sich als Wiederholung und Weiterbetreibung des Antrags darstellt (Unger, BuschsZ. **37** 403 f. u. d. dort Anm. 5 Angef.). Daß das FGG. für den Fall des Vorhandenseins mehrerer gesetzlicher Vertreter eines Berechtigten auf diesem Standpunkte steht, ergibt sich durch einen Rückschluß aus der Ausnahmevorschrift des § 58 Abs. 1 FGG. (Mehrheit von Vormündern), der eine Abweichung von der materiellen Vorschrift des § 1797 Abs. 1 BGB. enthält; vgl. auch § 82 Abs. 1 FGG. gegenüber § 2224 BGB. (Mehrheit von Testamentsvollstreckern). Aber auch dann, wenn mehrere materiell Berechtigte vorhanden sind, ist die Antrags- und Beschwerdeberechtigung in der fraglichen Hinsicht gleichmäßig zu behandeln, z. B. es können Miterben nach § 2062 BGB. die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nur gemeinschaftlich beantragen und daher auch gegen die Ablehnung des Antrags nur gemeinschaftlich die Beschwerde einlegen (ZBlFG. **4** 32). Dies wird grundsätzlich für die Fälle anzunehmen sein, in denen durch die gerichtliche Verfügung ein nach dem Tode des Erblassers in der Person der mehreren Erben als solchen entstandenes Recht beeinträchtigt ist. Wenn der § 76 Abs. 2 Satz 2 FGG. gegen eine Verfügung des Nachlaßgerichts, durch die dem Antrag eines Nachlaßgläubigers auf Anordnung der Nachlaßverwaltung stattgegeben wird, jedem einzelnen Miterben das Beschwerderecht zugesteht, so beruht das auf der Auffassung, daß hier ein Fall des § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorliegt, nach

welcher Vorschrift jeder Miterbe die zur Erhaltung des Nachlasses notwendigen Maßregeln ohne Mitwirkung der anderen treffen kann. ... Hiernach wird auch dann, wenn die abweisende Verfügung auf einen vom Erblasser gestellten Antrag und noch bei dessen Lebzeiten ergangen ist, die Sonderbeschwerde eines einzelnen Miterben grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB. zuzulassen sein. Wenn Josef (FGG. [2] § 21 Zus. II) unter Hinweis auf jene Gesetzesvorschrift sagt, es sei jeder Miterbe grundsätzlich ohne Mitwirkung der anderen zur Beschwerde berechtigt, und danach anscheinend annimmt, daß die vorerwähnte Voraussetzung regelmäßig ohne weiteres gegeben sei, so kann dem nicht beigetreten werden.

3. KGJ. **45** 204 (KG.). Im Falle der Zurückweisung eines Eintragungsantrags deckt sich das Beschwerderecht mit dem Antragsrechte (Güthe, GBO. [2] § 71 Anm. 18).

4. ElsLothNotZ. **14** 215 (Colmar). Wie der Senat bereits in seinem Beschlusse vom 15. Dezember 1913 — II. 40/03 (vgl. ElsLothNotZ. **14** 105 ff.) — entschieden hat, kann auch der Staat gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO. im Wege der Beschwerde verlangen, daß das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 54 GBO. von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen gegen Eintragungen, die es unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen hat, und durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Im vorliegenden Falle handelt es sich nicht bloß um eine sachlich unrichtige, sondern um eine rechtlich unzulässige Eintragung. Die Begründung des angeführten Beschlusses ergibt ohne weiteres, daß der Staat auch in diesem Falle berechtigt ist, nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO. Beschwerde einzulegen, um die Löschung der Eintragung zu erwirken (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.); und zwar ist diese Berechtigung nur davon abhängig, ob die Voraussetzungen für die Vornahme einer Löschung von Amts wegen gegeben sind.

5. ElsLothNotZ. **14** 316 (Colmar). Dem Staate steht das Beschwerderecht zu, wenn durch einen im Grundbuchanlegungsverfahren erlassenen Beschluß das staatliche Aufsichtsrecht beeinträchtigt wird.

6. R. **14** Nr. 2535 (BayObLG.). Gegen die unzulässige Eintragung der Pfändung einer künftigen Eigentümerhypothek (**RG. 61** 374, **72** 275, **75** 250) steht die Beschwerde nach der GBO. auch einem Hypothekengläubiger zu, für den eine Löschungsvormerkung bei der von der Pfändung betroffenen Hypothek besteht.

III. Einlegung der Beschwerde durch einen Vertreter. 1. SächsOLG. **35** 47 (Dresden). Der Notar hat kein Recht, im eigenen Namen Beschwerde einzulegen.

2. ElsLothJZ. **14** 378 (Colmar). Das Verlangen des LG., daß der Notar, der nur als Bevollmächtigter seiner Auftraggeber zur Erhebung der Beschwerde befugt ist, zu erkennen geben müsse, daß er in dieser Eigenschaft handle, erscheint unberechtigt. Es muß vielmehr angenommen werden, daß der rechtskundige Notar die Beschwerde für seine Vollmachtgeber eingelegt hat, wenn sich nicht aus seiner Erklärung oder den Umständen des Falles das Gegenteil ergibt (vgl. Güthe [2], § 15 GBO. Anm. 17 a. E.).

3. KGJ. **46** 51 (KG.). Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit können sich die Beteiligten bei Einlegung der Beschwerde durch das Willensorgan einer Behörde vertreten lassen, wenn das Wesen der Behörde und die dienstliche Stellung ihres Willensorgans dessen Bevollmächtigung durch eine Privatperson vertragen.

IV. Beschwerde gegen eine Eintragung. 1. RJA. **13** 140 (KG.). Nach § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO. ist die Beschwerde gegen Eintragungen, zu denen auch die Löschungen gehören, unzulässig. Diese Vorschrift bezieht sich auf

solche Eintragungen, auf die sich gemäß § 892 BGB. ein gutgläubiger Rechtserwerb Dritter gründen kann. Deshalb ist zwar gegen die Eintragung von Vormerkungen die Beschwerde zulässig, da ihr Vorhandensein nicht die Grundlage eines gutgläubigen Rechtserwerbes bilden kann (Güthe, GBO. Anm. 9 zu § 71). Nicht aber ist die Beschwerde zulässig gegen die Löschung einer Vormerkung, weil im guten Glauben an das Nichtbestehen des vorgemerkten Anspruchs Rechte in der Zwischenzeit erworben sein können (KGJ. **20** A 217, **42** A 203).

2. ElsLothNotZ. **14** 43 (Colmar). Gegen die Entscheidung des Grundbuchamts ist Beschwerde zulässig, wenn sich diese nicht gegen die Vornahme, sondern gegen das Weiterbestehenlassen der Eintragung richtet.

3. R. **14** Nr. 2738 (BayObLG.). Gegen die Eintragung eines Veräußerungsverbots ist die Beschwerde zulässig, weil es sich hier nicht um eine Eintragung handelt, auf die der öffentliche Glaube des Grundbuchs Anwendung findet.

§ 73. 1. HansGZ. **14** Beibl. 15 (Hamburg). Unzulässig ist es, wenn in einem Protokolle, statt daß eine Beschwerde wirklich zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben wird, inhaltlich nur auf einen nicht von einem Anwalte gezeichneten Schriftsatz der Partei selbst verwiesen wird.

2. RJA. **13** 65 (KG.). Der Zweck des § 29 FGG. geht dahin, eine Gewähr dafür zu bieten, daß das Rechtsmittel in einer sachgemäßen Weise unter Ausscheidung aller zwecklosen Ausführungen begründet werde, und dieser Zweck der gesetzlichen Vorschrift würde völlig verfehlt sein, wenn man eine Begründung des Rechtsmittels in der Weise zuließe, daß der Gerichtsschreiber einer privatschriftlichen Eingabe eine protokollarische Eingangs- und Schlußformel sowie eine allgemeine Rüge der Verletzung des Gesetzes hinzugefügt hat.

§ 77. I. Die Prüfung durch das Beschwerdegericht. 1. R. **14** Nr. 977 (KG.). Das Beschwerdegericht tritt in jeder Beziehung an die Stelle des erstinstanzlichen Gerichts und hat daher das gesamte Rechts- und Sachverhältnis zu prüfen. Eine Beschwerde, die sich auf den Antrag beschränkt, nur über das vom Grundbuchamte bezeichnete Hindernis zu entscheiden, ist unzulässig.

2. KGJ. **46** 1 (KG.). In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß das Beschwerdegericht alle Anführungen berücksichtigen, die bis zu dem Zeitpunkte zu seiner Kenntnis gebracht werden, in dem der Gerichtsschreiber für die Bewirkung der Zustellung der Entscheidung durch Aushändigung der zu übergebenden Schriftstücke an einen Gerichtsdiener oder die Post Sorge trägt. Bis zu diesem Zeitpunkte bleibt die getroffene Entscheidung eine innere Angelegenheit des Beschwerdegerichts, so daß sie bis zu ihm auch von diesem noch geändert werden kann und gegebenenfalls geändert werden muß. Daraus folgt, daß der Gerichtsschreiber, wenn ein neue Angaben enthaltender Schriftsatz zu einer Zeit eingeht, in der er für die Zustellung noch nicht in der gedachten Weise Sorge getragen hat, die Aushändigung der zuzustellenden Schriftstücke einstweilen aufhalten und zunächst die neue Eingabe dem Richter zur Entscheidung vorlegen muß, um auf diese Weise die gebotene Berücksichtigung der neuen Anführungen zu ermöglichen.

3. du Chesne, ZBlFG. **15** 164 (168). Maßgebend ist der Wille des Beschwerdeführers für das Beschwerdegericht nur insoweit, als er ein materiell-rechtliches Interesse durch Eintragung verwirklicht wissen will; wie er sich die Art des Verfahrens denkt, das ihn zu diesem Ziele führen soll, ist gleichgültig, er kann auch darüber nicht verfügen. Denn die Verpflichtung, das Verfahren richtig und ohne Gefährdung der Rechtssicherheit zu handhaben, ist Amtspflicht der Grundbuchbehörden, auf deren Erfüllung den Privatinteressenten ein Einfluß durch Anträge nicht einzuräumen ist. Richtet sich die Grundbuchbehörde nach solchen

Anträgen, so tut sie es nicht, weil dem Antragsteller ein unmittelbarer Anspruch hierauf zustände, also nicht in Beachtung eines verfahrensmäßigen Anspruchs des Antragstellers, sondern weil es seine Amtspflicht als mit den Anträgen übereinstimmend erkennt und seine Amtspflicht erfüllt. Richtet sie sich aber nicht danach, so verletzt sie damit kein Recht des Antragstellers, auf dessen Wahrung dieser Anspruch hätte.

II. Inhalt der Beschwerdeentscheidung. 1. OLG. **29** 295 (KG.). Der Beschluß in KGJ. **31** A 5 spricht nur aus, daß die Beschwerdeanträge das Gericht nicht unbedingt binden, und daß sogar unter Umständen eine Schlechterstellung des Beschwerdeführers nicht ausgeschlossen sei. Damit stand jene Entscheidung selber auf dem Grundsatze der Unzulässigkeit der Abänderung zum Nachteile des Beschwerdeführers. Weiter als aaO. hat sich das RG. von dem genannten Grundsatze nicht entfernt. Der Grundsatz kommt auch in den neueren Entscheidungen (KGJ. **42** 57, **44** 4; 3. Januar 1913, X. 1131/12) zum Ausdrucke. Vgl. auch Josef, A. 1 H. § 19 FGG.; Rausnitz § 19 A. 14; Schlegelberger § 25 Anm. 72; Schulzenstein (BuschsZ. **71** 21) steht im Anschluß an die Ausführungen von Rausnitz ersichtlich ebenfalls auf dem Boden der Unzulässigkeit einer reformatio in pejus.

2. R. **14** Nr. 403 (BayObLG.). Das Beschwerdegericht darf sich bei mangelhafter Erhebung des Sachverhalts durch das AG. nicht darauf beschränken, dessen Entscheidung lediglich aufzuheben, ohne über das weitere Verfahren zu verfügen.

3. SächsOLG. **35** 47 (Dresden). Das Grundbuchamt kann im Beschwerdeverfahren zur Bestimmung einer Frist nach § 18 GBO. angewiesen werden.

§ 78. 1. RJA. **13** 135 (KG.). Die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen die Zwischenverfügung und den sie bestätigenden Beschluß des Beschwerdegerichts wird nach der Rechtsübung des KG. (vgl. auch **RG. 61** 273, **70** 234) nicht dadurch ausgeschlossen, daß inzwischen die endgültige Zurückweisung der Eintragungsanträge erfolgt ist.

2. Die Entsch. des BayObLG. in JDR. **12** zu § 78 Ziff. 2 auch OLG. **29** 398.

3. BayNotZ. **15** 189. Wenn der Beschwerdeführer ursprünglich zur Einlegung der Beschwerde berechtigt war, wird man ihm die Legitimation zur weiteren Beschwerde trotz der inzwischen erfolgten Veräußerung nicht ohne weiteres aberkennen können, wenn er sich seinem Rechtsnachfolger gegenüber zur Herbeiführung der Löschung verpflichtet hat und dieser damit die Fortdauer der Legitimation des Vorbesitzers aus dem Eigentumsrecht anerkennt.

§ 79. 1. **RG.** RJA. **13** 124. Es konnte kein Zweifel darüber obwalten, daß es sich um die Auslegung reichsgesetzlicher, das Grundbuchwesen betreffender Vorschriften handelt. Denn die angefochtenen Maßnahmen des Grundbuchamts, von denen nach dem Antrage der weiteren Beschwerde nur noch die Strafverfügungen in Betracht kommen, betreffen die Durchführung von Eintragungen, die auf Grund der Bestimmungen der GBO. vorgenommen worden sind und bei denen Zwangsmaßnahmen den Landesbehörden nur insoweit gestattet sind, als die GBO. sie zuläßt.

2. R. **14** Nr. 2731 (BayObLG.). Die Vorlage an das RG. hat nicht zu erfolgen, wenn das OLG. zwar von einem anderen OLG. abweichen, sich aber dem RG. anschließen will.

§ 80. 1. KGJ. **46** 176 (KG.). Wird die weitere Beschwerde in Grundbuchsachen von einer öffentlichen Behörde auf Grund der Vollmacht einer Privatperson durch Einreichung einer Beschwerdeschrift eingelegt, so bedarf es nicht der Zuziehung eines Rechtsanwalts.

2. KGJ. **46** 3 (KG.). In Grundbuchsachen ist das Beschwerdegericht

zu einer Abänderung seiner von ihm nachträglich für ungerechtfertigt erachteten Entscheidung auch dann nicht befugt, wenn eine weitere Beschwerde nicht eingelegt ist. Von selbst versteht sich aber, daß Fälle, in denen es sich um eine „offenbare Unrichtigkeit" (Schreibfehler, Rechenfehler; vgl. § 319 ZPO.) handelt, einer anderen Behandlung unterliegen müssen, daß hier auch für das Beschwerdegericht jederzeit die Möglichkeit einer Berichtigung von Amts wegen besteht (Güthe § 1 Anm. 51).

3. R. **14** Nr. 822 (BayObLG.). Befolgt das LG. die für das Beschwerdegericht bindende Rechtsauffassung des Obergerichts nicht, so kann dieses auf neuerliche weitere Beschwerde die Sache an das AG. verweisen.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 91. 1. KGJ. **45** 215 (KG.). Der Zweck des Art. 20 Nr. 2 Kgl. VO. vom 18. November 1899 ist es, in denjenigen Fällen, in denen der Nachweis des Eigentums nicht geführt werden kann, die Anlegung des Grundbuchs dadurch zu ermöglichen, daß in Art. 20 Nr. 2 die bloße Glaubhaftmachung gewisser Umstände für genügend erklärt wird. Kann der Nachweis urkundlich erbracht werden, so muß dies erst recht ausreichen (Güthe, GBO. [3] § 91 Anm. 10). Der Rezeß hat die Eigenschaft einer das Eigentum nachweisenden Urkunde insoweit, als er gemäß dem materiellen Auseinandersetzungsrechte für die in ihm bezeichneten Personen Eigentum begründet.

2. Schultze, ZBlFG. **14** 545. Vorschläge zur Förderung der Umschreibungen unübersichtlicher Grundbücher.

3. KGJ. **45** 210 (KG.). Sind dem Grundbuchamte Tatsachen bekannt, die der Richtigkeit der Bescheinigung der öffentlichen Behörde über den 44 bzw. 10jährigen Eigenbesitz entgegenstehen, oder hat es erhebliche Zweifel an der Richtigkeit, so ist es berechtigt und verpflichtet, diese Tatsachen oder Zweifel zu berücksichtigen.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

§ 1. I. Allgemeines. 1. MschutzuWettbew. **14** 27 (Cassel). Auf das UnlWG. kann nicht der Anspruch begründet werden, angeblich unrichtige Angaben in den Erteilungsakten des Patentamts und in der Patentschrift zu beseitigen.

2. **RG.** GewRschutz **14** 88. Zulässigkeit des Rechtswegs für eine Klage gegen die Reichstelegraphenverwaltung, sie solle die Ausbreitung der unrichtigen Behauptung unterlassen, sie liefere Nebenanschlüsse besser als die Privatindustrie. Hier stehen Handlungen in Frage, die nicht zum ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebe gehören können. Auch ist insoweit ein privatrechtlich unerlaubter Eingriff in die Rechtsstellung der Klägerin wohl denkbar, weil die staatliche Postverwaltung jedenfalls in dem Sinne an dem allgemeinen Erwerbsleben sich beteiligt, daß ihre Organe Handlungen vornehmen können, die nach privatrechtlichen Grundsätzen, insbesondere auch nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, einen Schutzanspruch privater Gewerbetreibender begründen. Vgl. HansGZ. **15** Beibl. 92 (Hamburg).

3. MschutzuWettbew. **14** 84 (Braunschweig). § 1 UnlWG. verlangt lediglich objektive Sittenwidrigkeit, setzt aber nicht voraus, daß dem Täter eine subjektive Verschuldung zur Last fällt. Sache der Beklagten ist es, nachzuweisen, daß im gegebenen Falle jede Gefahr der Wiederholung ausgeschlossen ist. **RG. 60** 155, R. **11** Nr. 2392, **12** Nr. 3277; OLG. **28** 360 (KG.).

II. Unterlassungsklage. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 270. Die Klage auf Unterlassung aus § 1 UnlWG. ist vom Gesetzgeber nicht jedem gegeben gegen

jeden, der § 1 verletzt hat, sondern, worüber nach § 13 irgend ein Zweifel nicht bestehen kann — abgesehen von den dort bezeichneten Verbänden —, nur demjenigen, der eben durch die nach § 1 verbotene, „zu Zwecken des Wettbewerbes" vorgenommene Handlung in seinen gewerblichen oder geschäftlichen Interessen verletzt ist oder (bei Wiederholung der Handlung) verletzt werden kann. Das wird aber regelmäßig nur dann der Fall sein, wenn die beiderseitig vertriebenen Waren oder die beiderseitig in Frage kommenden gewerblichen Leistungen miteinander in Wettbewerb treten können.

III. Warenzeichen und Namen von Konkurrenten. 1. MSchutz. uWettbew. **13** 327 (Hamburg). Eine deutsche Firma handelt gegen die guten Sitten, wenn sie sich ein Warenzeichen eintragen läßt, das eine ausländische Firma, mit der sie in reger Verbindung steht, seit langem — wie sie weiß — benutzt und sogar als Telegrammadresse führt.

2. **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 588. Angebliche Verletzung der guten Sitten durch Nachahmung eines Warenzeichens. Bedeutung häufiger Verwendung bestimmter Zeichen in gewissen Industrien.

3. MSchutzuWettbew. **13** 578 (Hamburg). Auch ein nicht eintragungsfähiges Wort (Beschaffenheitsangabe) genießt gesetzlichen Schutz gegen unlautere Benutzung. Remedytabletten.

4. Defensivzeichen. MSchutzuWettbew. **13** 507, HansGZ. **14** Hptbl. 105, OLG. **28** 277 (Hamburg). Die Eintragung eines Defensivzeichens kann gegen die guten Sitten verstoßen, wenn sie mit dem zu sichernden Zeichen überhaupt nicht verwechselbar sind und ihre Eintragung nur zu dem Zwecke erfolgt, den Wettbewerbern die Verwendung einer Zusammenstellung, die an sich gemeinfrei ist, unmöglich zu machen.

IV. **RG.** JW. **14** 251. Es kann gegen die guten Sitten verstoßen, wenn jemand Waren, die er früher für einen bestimmten Abnehmer fabriziert hat, nach den Nummern und Abbildungen von dessen Katalog vertreibt und so versucht, die Früchte von dessen Schaffen zu ernten. Es kann hierfür ins Gewicht fallen, daß durch die Benutzung der gleichen Nummer die Kunden auf den Preisunterschied besonders aufmerksam gemacht werden.

V. Preisschleuderei. A. Literatur. 1. Leander, Zur Frage der Preisschleuderei, GewRschutz **14** 109, empfiehlt eine gesetzliche Vorschrift nach dem Vorbilde des § 13 des dänischen WZG., durch welche es verboten ist, Waren, die vom Hersteller mit einer festen Preisangabe versehen sind, billiger zu verkaufen.

2. Rosenthal, Empfiehlt sich für das neue WZG. eine Sonderbestimmung gegen Preisschleudern mit Markenartikeln? GewRschutz **14** 8. Die Frage wird verneint, weil die maßgebenden Gerichte den § 1 UnlWG. schon ausreichend hiergegen angewendet hätten.

3. Recken, Wann handelt ein Händler, der einen Lieferanten zu vertragswidriger Lieferung veranlaßt, sittenwidrig? GewRschutz **14** 66, wendet sich gegen die Auffassung des KG., es müsse festgestellt werden, daß der vertragsbrüchige Lieferant sich des Vertragsbruchs bewußt sei. Vgl. zu **B 1**.

B. Aus der Rechtsprechung. 1. MSchutzuWettbew. **13** 207, GewRschutz **14** 89 (Jena) schließt sich der in der Rechtsprechung herrschenden Auffassung an, daß das Sittenwidrige dieser Wettbewerbstätigkeit darin begründet liegt, daß der billiger Verkaufende dabei nicht nur die Gebundenheit seiner Wettbewerber ausnutzt, sondern dies tut in dem Bewußtsein, daß nur ein Vertragsbruch ihn in den Stand setzt, andere, vertragstreue Händler zu unterbieten, mag er selbst die ihm auferlegte Vertragspflicht verletzen oder mag das irgendeiner seiner Vormänner getan haben, indem er seinem Nachmanne die Preiseinhaltung nicht zur Pflicht machte. Denn auch eine derartige Ausnutzung des Vertragsbruchs anderer verstößt

nach der Auffassung aller billig und gerecht denkender Kaufleute erheblich gegen den geschäftlichen Anstand und damit gegen die guten Sitten. Nur dann könnte die Sachlage anders beurteilt werden, wenn feststünde, daß die vom Beklagten feilgehaltenen Waren tatsächlich nur aus Zwangsverkäufen stammen. Für diese wenig wahrscheinliche Ausnahme müßte indeß der Beklagte den Beweis (Gegenbeweis) erbringen. Deshalb muß der Beklagte den Verkauf unter dem von der Tabakregie einheitlich festgesetzten Preise und das Ankündigen von Zugaben oder ähnlichen Vorteilen unterlassen.

2. Schleudern mit Zigaretten. **a.** GewRschutz **14** 198, MschutzuWettbew. **13** 205 (KG.). Es wird ein unsittliches Verhalten darin gefunden, daß die Beklagte, wenn sie auch nicht selbst ihrem Verkäufer gegenüber vertragsbrüchig geworden ist, seinen Vertragsbruch planmäßig und systematisch ausgenutzt hat. Das geht daraus hervor, daß sie in nicht vereinzelten Fällen Waren, bezüglich deren sie wußte oder mindestens den Umständen nach annehmen mußte, daß der Verkäufer vertraglich verpflichtet war, seinem Abnehmer die Pflicht der Innehaltung der von der Antragstellerin gesetzten Verkaufspreise jener Waren aufzuerlegen, sich von ihm ohne die Übernahme jener Pflicht mit der Absicht verschafft hat, die Fabrikate unter den festgesetzten Preisen zu verkaufen. Auch kommt in dieser Hinsicht in Betracht, daß sie die Zigaretten nur in Packungen verkauft, von denen die Kontrollnummer entfernt ist, und daß sie ihren Angestellten dahingehende strenge Weisung erteilt hat, sowie daß sie die Kontrollnummer zum Teil selbst erst durch ihre Angestellten beim Verkaufe hat entfernen lassen.

b. MschutzuWettbew. **13** 592 (KG.). Gewaltsames Entfernen der Kontrollnummer auf der Banderole von Zigaretten, um der Fabrikantin die Ermittlung der betreffenden Abnehmer unmöglich zu machen, läßt darauf schließen, daß dem Beklagten bekannt war, daß sein Lieferant durch den Verkauf der Zigaretten unter Verletzung der ihm auferlegten Verpflichtung zur Innehaltung eines Mindestpreises seine Vertragspflichten verletzte. Dies verstößt gegen die guten Sitten.

c. LG. Breslau, MschutzuWettbew. **13** 592. Auch der nicht gebundene Einzelverkäufer macht sich eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig, wenn er sich unter Ausnutzung des Vertragsbruchs anderer eine Unterhaltsquelle verschafft, um der großen Zahl derer, die sich vertraglich gebunden fühlen, Konkurrenz zu machen (JW. **06** 16). Es ist ohne Bedeutung, daß er selbst keine Verpflichtung eingegangen ist.

d. MschutzuWettbew. **13** 593 (KG.). Verkauf österreichischer Regiezigaretten unter Preis ohne Abgabe der — gezeichneten — Schachteln. Ebenda OLG. Breslau, LG. Frankfurt a. O., LG. Bromberg, OLG. Kiel (planmäßige und fortgesetzte Ausnutzung der Vertragsuntreue Dritter), LG. Dresden (Verbot der Verschaffung von Waren auf Um- und Schleichwegen), LG. Kassel ebenda **14** 27, KG. GewRschutz **14** 24 (planmäßige und systematische Ausnutzung des Vertragsbruchs eines Dritten), OLG. Breslau ebenda 123, LeipzZ. **14** 1921 (KG.).

VI. Zugabewesen. Lobe, Zur gesetzlichen Regelung des Zugabewesens, MschutzuWettbew. **13** 426 ff., untersucht die verschiedenen Formen, in welchen Zugaben gewährt werden, auf ihre rechtliche Bedeutung. Nur insoweit das Zugabeunwesen unlauteren Wettbewerb enthalte, werde es für das Recht bedeutsam. Das sei dann der Fall, wenn der Preis einer Ware auch die Gegenleistung für die Zugabe umfasse, dies aber verschleiert werde. Dann finde § 1 UnlWG. Anwendung. Für den Fall, daß mit diesem nicht auszukommen sei, macht Lobe gesetzgeberische Vorschläge, insbesondere über das Verbot der Bezeichnung als Zugabe.

VII. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **14** 73. Ist die Verpflichtung zur Geheimhaltung eines Verfahrens in dem Dienstvertrag eines Angestellten ausgeschaltet, so verstößt

es nicht gegen die guten Sitten, wenn der Angestellte in die Dienste eines Konkurrenten tritt und mit diesem das Verfahren verwertet.

2. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 155. Es ist noch kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Konkurrent Arbeiter des anderen, die dort ohne Kündigung weggeblieben sind, einstellt.

VIII. Behauptungen im Konkurrenzkampfe. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 489, WarnE. **14** 262. Auch die Mitteilung wahrer Tatsachen kann unter besonderen Umständen gegen die guten Sitten verstoßen. Dafür genügt aber nicht, daß eine Ankündigung nicht vornehm und vom Standpunkt einer höheren Moral nicht zu billigen ist (Ausnutzung der Erregung des Publikums über die Berliner Methylalkohol-Vergiftungsfälle durch ein gegen die Essigessenz-Fabrikanten gerichtetes Inserat).

2. MschutzuWettbew. **13** 329 (Kiel). Die an sich zulässige Veröffentlichung eines gegen einen Konkurrenten erstrittenen Urteils wegen unlauteren Wettbewerbes kann wegen ihrer übertreibenden Art und wegen des gewählten Zeitpunkts (lange nach dem Urteile zur Weihnachtszeit) gegen die guten Sitten verstoßen. Vgl. JDR. **12** 979.

3. MschutzuWettbew. **13** 211 (Kiel). Die grobfahrlässige Behauptung unwahrer Tatsachen im Konkurrenzkampfe kann einen Verstoß gegen die guten Sitten vorstellen.

IX. Einzelfälle. 1. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 319. Der Beklagte hat einen Irrtum eines Kunden über den Inhalt eines Telegramms dazu benutzt, ein Geschäft, das er eigentlich mit dem Kläger machen wollte, selbst zu machen. Hierin ist aber ein Verstoß gegen die guten Sitten dann nicht zu finden, wenn die Beklagte die — sei es auch irrige — Überzeugung hatte, daß der Kläger das Geschäft, so wie es der Kunde wollte, nämlich mit einer bestimmten Garantie, nicht abschließen werde.

2. MschutzuWettbew. **13** 452 (Posen). Verstoß gegen die guten Sitten durch Entfesselung der Spielleidenschaft des Publikums mittels der Ankündigung einer unerlaubten Ausspielung.

3. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 963. Die Bekanntmachung: „Kein Geschäft kann 5 pCt. verschenken. Rabattmarken müssen immer mitbezahlt werden. Ein kluger Kunde kauft daher nur da, wo keine Rabattmarken verkauft werden" sucht durch Ausbeutung der Leichtgläubigkeit des Publikums die Rabattmarken gewährenden Geschäfte zu diskreditieren. Ein solches Mittel, das auf eine Täuschung des Publikums hinausläuft, ist unlauter und verstößt gegen die guten Sitten.

§ 3. I. Allgemeine Voraussetzungen. Über Anpreisen eigener und Herabsetzen fremder Ware. Verhältnis von § 3 zu § 14. R. **13** Nr. 2503, JDR. **12** 978 zu I 1, jetzt auch MschutzuWettbew. **13** 69 und GewRschutz **14** 123.

II. Öffentliche Mitteilungen. a) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **13** 502. Bestimmtsein für das „breite Publikum" ist keineswegs begriffliche Voraussetzung einer für einen größeren Kreis von Personen bestimmten Mitteilung (**RG.** [Strafs.] **40** 438 [442], 122 [131]). **b)** MschutzuWettbew. **14** 49 (Colmar). Ein Korkbrand ist ebenso eine für einen größeren Kreis bestimmte Mitteilung wie ein Etikett.

III. Unrichtige Angaben. 1. Bezeichnung als Bankier. a) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **13** 321, JW. **14** 715. Der Begriff des Bankgeschäfts ist gesetzlich nicht umschrieben und bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. Der Schwerpunkt beim Bankgewerbe liegt darin, dem Bedürfnisse des Verkehrs nach dem Umsatze von Geld und geldähnlichen Werten (Wertpapieren) durch Abschluß oder Vermittlung geeigneter Rechtsgeschäfte zu dienen. Ein Kleingewerbetreibender (§ 4 HGB.) wird im Verkehre nicht als Bankier angesehen, und das Geschäft eines gewöhnlichen Geldverleihers ist nach der Verkehrsanschauung kein Bankgeschäft. **b)** **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **14** 42. Nach der maßgebenden Verkehrs-

auffassung liegt der Schwerpunkt beim Bankgewerbe darin, dem Bedürfnisse des Verkehrs nach dem Umsatze von Geld und gelddähnlichen Werten (Wertpapieren) durch Abschluß oder Vermittlung geeigneter Rechtsgeschäfte zu dienen. Dies trifft auf den Gewerbebetrieb des Angeklagten nicht zu, dessen Geschäft sich nach den landgerichtlichen Feststellungen wesentlich nur im Rahmen des Gewerbes eines Hypothekenmaklers und Geldverleihers gehalten hat. Etwa 5/6 des Geschäftsumsatzes des Beschwerdeführers bezog sich auf den An- und Verkauf von Hypotheken. Eine solche Vermittlung des Umsatzes von Hypothekenbriefen fällt jedoch, da diese sich nicht für den Handelsverkehr eignen und auch nicht zu den Wertpapieren im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB. gehören, anerkanntermaßen ebensowenig unter die das Wesen des Bankiergewerbes ausmachenden Geschäfte wie die Vermittlung des An- und Verkaufs von Grundbesitz. c) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **13** 558. Eine GmbH., die mit einem sehr geringen Stammkapital arbeitet und aus ihrem unbedeutenden Geschäftsbetriebe kaum die laufenden Ausgaben zu decken vermag, hat kein Recht, sich bei ihren Mitteilungen an die Kundschaft den Namen einer Bank beizulegen.

2. Fabrikpreis. Selbstkostenpreis (vgl. JDR. **12** 980). a) **RG.** MschutzuWettbew. **13** 491, JW. **14** 201, LeipzZ. **14** 569. Unter Original-Fabrikpreisen sind nach dem verkehrsüblichen Sprachgebrauche die Preise zu verstehen, die der Fabrikant dem Händler und, wenn er im Kleinen verkauft, dem einzelnen Privaten berechnet (vgl. JW. **05** 58 Nr. 40). Wenn die Fabrik an Private überhaupt nicht verkauft, so kann diese Ankündigung nur heißen, daß dem Publikum derselbe Preis berechnet wird, wie ihn die Fabrik den Zwischenhändlern berechnet (vgl. auch **RG.** GewRschutz **14** 287). In den Fabrikpreis dürfen die Kosten des Vertriebs der Ware nicht einkalkuliert werden. b) MschutzuWettbew. **13** 211 (Kiel). Unter Fabrikpreisen dürfen nur diejenigen Preise verstanden werden, zu denen der Fabrikant an den Zwischenhändler abgibt, nicht die Preise, zu denen der Fabrikant im einzelnen verkauft. Nach Ansicht des Berufungsgerichts stellt sich der Anspruch nach den Umständen des vorliegenden Falles als ein Ausfluß des Unterlassungsanspruchs dar. c) MschutzuWettbew. **13** 208 (Düsseldorf) hält die Ankündigung „Selbstkostenpreis + 10 pCt." im Gegensatze zum KG., JDR. **11** 1227 für unzulässig. Denn sie erweckt den Eindruck, daß er dem Leser die Art, wie er den Verkaufspreis bilde, nachprüfbar aufdecken wolle, und daß daher nur dieser Zuschlag geschätzt sei, der Selbstkostenpreis aber nicht von dem Verkäufer einseitig ermittelt werde, sondern anderweit durch den Vertragsschluß mit einem Dritten beim Einkaufe der Ware feststehe. Schon bei der Berechnung der allgemeinen Handlungsunkosten (Spesen, Gehälter, Mieten usw.) wird im Handelsbetriebe nicht gleichmäßig verfahren, noch mehr fehlt es an einer solchen Gleichmäßigkeit bei der Verteilung dieser Unkosten auf die einzelnen Waren, die in dem Geschäfte geführt werden. Es herrscht hier mehr oder weniger Willkür. Dem in kaufmännischen Dingen Unerfahrenen sind zwar diese Fragen fremd, er ist sich aber wenigstens darüber klar, daß das Verfahren eines Kaufmanns beim Zuschlagen der Geschäftsunkosten zum Preise der Ware auf seine Richtigkeit schwer nachgeprüft werden und aus diesem Grunde recht willkürlich sein kann. Es ist daher anzunehmen, daß gerade deshalb der Beklagte einen Prozentsatz angegeben habe, der diese Kosten mitumfasse, daß dagegen der Selbstkostenpreis für die Ware allein und unmittelbar verauslagt sei (vgl. JDR. **12** 979 zu B 2).

3. Fabrik. Zwischenhandel. a) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **13** 321, GewRschutz **14** 286. Einen allgemeinen Rechtsbegriff von „Werk" und „Fabrik" im Sinne des UnlWG. gibt es überhaupt nicht, es ist vielmehr ein Begriff des wirtschaftlichen Verkehrs, der sein Dasein in der Auffassung des Publikums hat. Der Sprachgebrauch versteht unter einem Werke eine Fabrik größeren Um-

fanges. **b) RG.** (Straff.) LeipzZ. **14** 872. „Zwischenhandel" ist kein Rechtsbegriff, sondern ein dem Wirtschaftsleben angehörender Begriff tatsächlicher Art. Bedeutung der Ankündigung „Ausschaltung des Zwischenhandels". **c) RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 590. Unwahre, den Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckende Angabe durch die Ankündigung, es würden Damenhüte fabelhaft billig infolge Ausschaltens des Zwischenhandels abgegeben.

4. Gelegenheitsgeschäft (vgl. JDR. **12** 981). **a) RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **14** 43. „Gelegenheitsgeschäfte" bilden keinen begrifflichen Gegensatz zu einem bestehenden Gewerbebetriebe, können vielmehr sehr wohl auch innerhalb dieses Betriebs vorkommen und zu ihm gehören. Wie §§ 343 und 344 HGB. zeigen, ist, wenn es sich um Geschäfte handelt, die nicht zu den gewöhnlichen des betreffenden Handelsbetriebs zählen, zum Hinweis ihrer Zugehörigkeit zu diesem Betriebe keineswegs rechtliches Erfordernis, daß sie, für sich und losgelöst von dem Betriebe des Handelsgeschäfts betrachtet, die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit aufweisen, also auch schon allein einen Gewerbebetrieb darstellen könnten und würden. **b) RG.** LeipzZ. **14** 498. Vortäuschen eines Gelegenheitskaufs durch die Fassung der Anzeige. **c)** MschutzuWettbew. **13** 574 (Königsberg). Anpreisung des Verkaufs von gebrauchten Fahrrädern seitens eines Fahrradhändlers in den sog. kleinen Annoncen einer Zeitung, um den Schein zu erwecken, als handle es sich um einen Gelegenheitskauf, verstößt gegen § 3. **d) RG.** MschutzuWettbew. **13** 493. Erregung des Scheines des gelegentlichen Verkaufs eines Privatmanns seitens eines Fahrradhändlers als unwahre Angabe.

5. Nahrungs- und Genußmittel. **a)** MschutzuWettbew. **14** 49 (Colmar). Die Bezeichnung Delikateßbrand wird vom Publikum dahin verstanden, daß es sich um reinen Kognak, nicht um Verschnitt handle. Diese Vorstellung wird verstärkt, indem die eine Etikette ausdrücklich darauf hinweist, daß der Delikateßbrand unter Verwendung von Wein der Petite Champagne, also einer der besten Lagen, aus welchen echter Kognak stammt, hergestellt sei. Ebenso durch die Beifügung der französischen Firma auf beiden Etiketten. Vgl. früheres Urt. desselben Gerichts LeipzZ. **14** 410. **b)** MschutzuWettbew. **13** 155 (Hamburg). Die Bezeichnung „echte Havanna" wird im Publikum nicht nur als eine unverbindliche Redensart, sondern als ein ausdrücklicher ernsthafter Hinweis auf den wirklichen Ursprung der Zigarren aufgefaßt. **c)** MschutzuWettbew. **14** 30 (Hamm). Die Wortbezeichnung „Valley Scarer Habana" für Zigarren ist eine Angabe über die Bezugsquelle. **d)** MschutzuWettbew. **13** 508 (Hamburg). Die Bezeichnung „Sardinen" oder „Norwegische Sardinen" für die in Norwegen konservierten Sprotten (Brislinge) ist unzulässig.

6. Zahnarzt (vgl. JDR. **12** 982). **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **14** 22. Es beruht auf tatsächlichen Erwägungen, wenn die Strafkammer zu der Überzeugung gelangt ist und feststellt, daß die Ankündigung „12jährige Fachtätigkeit (davon 5 Jahre bei Herrn Zahnarzt Dr. W., Zwickau) . . ." im Publikum den Glauben erwecke, der Angeklagte habe in dieser Zeit seiner Beschäftigung bei Dr. W. die gesamte Tätigkeit eines Dentisten ausgeübt, die technische wie die operative. Auch in der Ankündigung: „Feinste Präzisionstechnik" hat die Strafkammer mit Recht keineswegs nur ein übertreibendes Urteil über Leistungen gefunden, sondern eine unwahre, zu Irreführung geeignete Angabe.

7. Hoflieferant (vgl. JDR. **12** 980 zu 8). **RG.** MschutzuWettbew. **13** 492, JW. **14** 201. Die Bezeichnung „Hoflieferanten" erweckt den Anschein, als ob der ankündigenden Firma mehrere Hoflieferantentitel verliehen sind.

8. MschutzuWettbew. **13** 157 (LG. Königsberg). Belgischer Naturzement darf nicht als Portlandzement angekündigt werden. Ähnlich GewRschutz. **14** 240 (LG. Braunschweig).

9. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 322, GewRschutz **14** 288. Daß bei Golddoublé Gold mitverwendet wird, reicht nicht aus, die Uhren zu „goldenen" in dem Sinne zu machen, wie sie der Verkehr darunter versteht, nämlich zu echt goldenen, d. h. aus massivem, nur den gesetzlichen Vorschriften entsprechend legiertem Golde.

10. MschutzuWettbew. **13** 454 (Karlsruhe). Ankündigung: „Erstklassiges Hotelporzellan, in eigener Fabrik dekoriert".

11. MschutzuWettbew. **14** 82 (Karlsruhe). Der wahrheitswidrige Gebrauch der Bezeichnung „Courthairdresser" (Hoffriseur) durch einen Friseur.

12. **RG.** LeipzZ. **14** 852. Falsche Angabe „Größtes Düngerversandgeschäft Deutschlands".

13. MschutzuWettbew. **14** 31 (Hamm). Ein Kaufmann, dessen Firma die Worte „Dortmunder Möbelhaus" enthält, hat nicht das Recht, anderen Möbelhändlern die Verwendung des gleichen Firmenzusatzes zu untersagen.

14. **RG.** MschutzuWettbew. **14** 20. Es verstößt weder gegen die guten Sitten, noch gegen § 3, wenn ein Abzahlungsgeschäft sich nicht als solches bezeichnet, sondern nur „Zahlungserleichterungen" ankündigt.

15. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **14** 21. Der Angeklagte hat unechte Glassteine in Angeboten an das Publikum als Amethyst bezeichnet. Er kann sich nicht damit verteidigen, daß in der Glasindustrie die Hersteller der unechten Glassteine diese im Verkehre mit ihren Abnehmern allgemein nach der Farbe mit dem Namen echter Steine bezeichnen. Denn was in der Glasindustrie handelsüblich ist, ist es nicht schon deshalb auch im Handel mit Schmucksachen.

IV. Anschein eines besonders günstigen Angebots. 1. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 387. Erweckung des Anscheins eines besonders günstigen Angebots durch die Ankündigung eines Vorrats von 1000 Paar Damenstiefeln, während höchstens 600 vorhanden waren.

2. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **14** 78, JW. **14** 715. Erwecken des Anscheins eines besonders günstigen Angebots durch die Ankündigung, der Ankündigende sei ein in einem Staatsexamen geprüfter Handelslehrer, ein staatlich anerkannter und geprüfter Revisor, ein Diplomhandelslehrer.

3. MschutzuWettbew. **14** 85 (Düsseldorf). Unlauterer Wettbewerb durch eine Ankündigung mehrerer Gewerbetreibender, die den Eindruck erweckt, daß sie zusammen ein einheitliches Geschäft betrieben. Erweckung des Anscheins eines besonders günstigen Angebots, das in der Einheitlichkeit des Betriebs liegt.

V. Zu den einzelnen Fällen des § 3. — 1. Beschaffenheitsangabe. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 561. Die Ankündigungen „neues schönes Bett" und „elegant" sind keine Beschaffenheits- oder Ursprungsangaben, sondern als solche jedermann erkennbare Anpreisungen.

2. Gewerbliche Leistungen. MschutzuWettbew. **13** 452 (Karlsruhe). Unter den Begriff „gewerbliche Leistungen" gehört auch die Tätigkeit des Inhabers einer Privatlehranstalt, in der junge Leute für höhere Klassen von Mittelschulen und für die Einjährig-Freiwilligen-Prüfung vorbereitet werden.

3. Veranstaltungen, die den Angaben gleichstehen. MschutzuWettbew. **14** 82 (München). Unlautere Reklame durch Verwendung der Gesamtabbildung eines nur teilweise benutzten Gebäudes. Befolgung eines Verbotsurteils durch Überkleben der beanstandeten Plakate.

VI. Unterlassungsklage. 1. **RG.** GewRschutz **14** 332. Abweisung der Unterlassungsklage wegen Ausschluß der Wiederholungsgefahr infolge der vom Beklagten dargelegten besonderen Umstände. Der Beklagte ist nicht verpflichtet, das Anerkenntnis abzugeben, daß er zur Aufgabe der beanstandeten Anzeige nicht berechtigt sei. Vielmehr war nach dem Fortfalle der Wiederholungs-

gefahr der Unterlassungsanspruch in der Hauptsache erledigt und Klägerin nur noch berechtigt, Verurteilung der Beklagten in die Prozeßkosten zu beantragen. Da sie indeß ihren Unterlassungsanspruch in der Hauptsache aufrechterhielt, mußte das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin mit Kostenfolge abweisen; während es, wenn Klägerin sich auf das Verlangen beschränkt hätte, die Beklagte in die Prozeßkosten zu verurteilen, genötigt gewesen wäre, darüber zu befinden, ob bis zur Erklärung des Inhabers der beklagten Firma der Unterlassungsanspruch begründet war.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 178, MschutzuWettbew. **14** 72. Fassung des Verbots falscher Angaben. Es ist festzuhalten an dem Standpunkte, daß das vom Richter auszusprechende Verbot sich allerdings gegen die Wiederholung der gemachten unrichtigen Angaben zu richten habe, damit ist aber nicht gemeint, daß dieselben einzeln und wörtlich im Urteilstenor aufzuführen sind, sondern es genügt, das Verbot für dasjenige auszusprechen, was in den angegebenen Fällen das Wesen der Zuwiderhandlung gegen das Gesetz bildete (Unl. Wettbew. **2** 14, MschutzuWettbew. **5** 68, JW. **01** 67).

3. MschutzuWettbew. **13** 211 (Kiel) verurteilt zur Beseitigung aller gegen § 3 verstoßenden Ankündigungen, die an den Verkaufsstellen oder Geschäftswagen der Beklagten angebracht sind. Der Anspruch auf Beseitigung stellt sich hier als Ausfluß des Unterlassungsanspruchs dar.

§ 4. 1. Anschein eines besonders günstigen Angebots. **RG.** (Strafs.) GewRschutz **14** 285. Sind die angewandten unerlaubten Mittel, nämlich die unwahren und zur Irreführung geeigneten Angaben, was an sich durchaus möglich und stets nach der Lage des Einzelfalls zu prüfen ist, auch geeignet, in dem beteiligten Publikum die Vorstellung zu erwecken, das in der Ankündigung gemachte Angebot sei ein „besonders günstiges", d. h. es biete Vorteile, die anderweitig in dem Maße nicht oder nicht ohne weiteres zu erlangen seien, so liegt im Sinne des Gesetzes eine Ankündigung vor, die den Anschein eines besonders günstigen Angebots erwecken kann. Dies ist also ganz unabhängig von der Frage, ob die Vorstellung des Publikums eine richtige ist oder nicht. Auch in dem Falle der Richtigkeit dieser Vorstellung kann der Erfolg eintreten, daß das Publikum durch die Ankündigung „angelockt" wird, d. h. sich dem Ankündigenden zu- und von Mitbewerbern abwendet. Die Ankündigung braucht nicht objektiv geeignet zu sein, die gekennzeichnete Vorstellung wirklich im Publikum hervorzurufen. Es genügt, wenn der Ankündigende sie dazu für geeignet hält.

2. **RG.** (Strafs.) GewRschutz **14** 198. Der Ausdruck des Gesetzes: „Anschein" zwingt nicht zu der Annahme, daß im Sinne des Gesetzes die Meinung, welche der Täter im Publikum hervorzurufen beabsichtigt, eine falsche sein müsse, sondern ist nur so zu verstehen, daß die Absicht des Täters dahin gehen muß, durch das Mittel der unwahren Angaben die (möglicherweise vorhandene) Vorteilhaftigkeit des Angebots in den Augen des Publikums besonders in die Erscheinung treten zu lassen und es so zum Kaufe bei ihm zu bewegen. Nicht das Publikum soll in erster Linie gegen Übervorteilung, sondern es sollen die Gewerbsgenossen des Täters gegen den in der Verwendung unwahrer Angaben liegenden unlauteren Wettbewerb geschützt werden.

3. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **13** 194. Das Erwecken des Anscheins eines besonders günstigen Angebots wird nicht dadurch beseitigt, daß das Angebot in der Tat ein besonders billiges war.

4. Absicht. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **13** 153. Die Ankündigung braucht nicht objektiv geeignet zu sein, den Anschein eines besonders günstigen Angebots im Publikum wirklich hervorzurufen. Es genügt, wenn der Ankündigende sie dazu für geeignet hält.

5. Auffassung des Publikums. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **13** 559. Es gibt keinen Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß für die Unrichtigkeit „eines

Inserats", d. h. jedes Inserats, unterstellt werden müsse, der Leser habe sich wenigstens die Mühe gegeben, es durchzulesen. Entscheidend ist vielmehr, was sich nach Art und Form der Ankündigung und den Umständen, unter denen sie erfolgt, nach der Lebenserfahrung als der Eindruck bestimmen läßt, den das für die Ankündigung in Betracht kommende Publikum empfängt. (**RG.**[Straff.] **45** 45, 170, 316). Nach den Umständen muß insbesondere auch beurteilt werden, wie gelesen wird (**RG. 58** 129, **RG.** [Straff.] **38** 371).

6. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 560. Der Angeklagte hat eine allgemeine Preisermäßigung um etwa 5 pCt. von seinem gewöhnlichen Verkaufspreis eintreten lassen. Für die Frage, ob unwahre Angaben gemacht sind, ist nicht der Wortlaut der Ankündigungen für sich allein oder das entscheidend, was der Angeklagte damit sagen wollte, sondern die Auffassung derjenigen Bevölkerungskreise, an die die Ankündigungen sich gerichtet haben. Ist anzunehmen, daß der kauflustige Teil der Bevölkerung unter den Preisen, deren wiederholte Herabsetzung der Angeklagte versprach, die gewöhnlichen, auch bei den übrigen Schuhwarenhändlern üblichen Verkaufspreise verstehen mußte, so war die Ankündigung einer allgemeinen Preisermäßigung eine unwahre und zwar eine bewußt unwahre, wenn dem Angeklagten dies erkennbar war und von ihm erkannt wurde.

7. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 561. Das Erwecken des Anscheins eines besonders günstigen Angebots durch die Bezeichnung des einzigen Geschäfts als Zweiggeschäft eines nicht vorhandenen, angeblich in einer Großstadt befindlichen Hauptgeschäfts. Der Nachweis wirklich eingetretener Täuschung ist zum Tatbestande des § 4 nicht erforderlich. Der Anschein eines besonders günstigen Angebots muß nicht ein falscher sein.

8. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 320. „Prima-Kohle" ist nicht bloße Wertangabe, sondern Behauptung mit greifbarem Inhalte.

9. Handlungen Angestellter. a) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 558. Die Tatsache, daß ein Angestellter des Angeklagten trotz dessen Anweisung, richtige Auskunft zu erteilen, etwas Falsches über die feilgebotene Ware sagt, kann nur dann zuungunsten des Angeklagten verwertet werden, wenn festgestellt wird, daß dies mit seinem Wissen geschah. b) **RG.** (Straff.) **46** 275, JDR. **12** 985, jetzt auch MschutzuWettbew. **13** 196.

10. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 586. Ein „andauernder" Verstoß gegen das Strafgesetz ist kein Begriffserfordernis der fortgesetzten Handlung.

11. Übergang. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 205. Die in der Zeit vor dem 1. Oktober 1909 begangene Straftat ist gemäß § 2 Abs. 2 StGB. nach § 4 des älteren, nicht des geltenden UnlWG. zu bestrafen, da er, der nur eine Höchstgefängnisstrafe von 6 Monaten und eine Geldstrafe bis zu 1500 M. zuläßt, gegenüber dem eine Gefängnisstrafe bis zu einem Jahre sowie eine Geldstrafe bis zu 5000 M. androhenden § 4 des späteren G. vom 7. Juni 1909 sich als das mildeste Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 2 StGB. darstellt.

§ 5. I. Pilsener und Münchener Bier (vgl. oben Ziff. 12 zu § 826 BGB.). 1. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 557, JW. **14** 768, WarnE. **14** 282. Die Verwendung von Worten wie „Pilsener" oder „Münchener" für nicht in Pilsen oder München gebrautes Bier ist nur dann zulässig, wenn die Zusätze jeden Zweifel ausschließen, daß nur eine Beschaffenheitsangabe gemacht werde (**RG. 79** 253). Auch die Bezeichnung „à la Pilsener" kann unzulässig sein, wenn das „à la" in so versteckter Weise angebracht wird, daß es vom Publikum übersehen wird („Elefantenbräu à la Pilsener").

2. **RG.** GewRschutz **14** 21. „Engelhardt Berliner Pilsener" zulässig.

3. **RG.** GewRschutz **14** 55. „Germania-Pilsener" unzulässig für ein in Kiel gebrautes Bier.

4. LeipzZ. **14** 177, vgl. JDR. **12** 984 zu d, Radeberger Pilsener.

5. **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 268, JW. **14** 203. Die Bezeichnung Pilsener für ein nicht in Pilsen gebrautes Bier ist bei der deutlichen Zufügung der Braustätte zulässig, wenn es sich um einen Ersatz für Pilsener Bier, ein Bier nach Pilsener Art handelt, das gewisse Eigenschaften des Pilsener Biers, namentlich die helle Farbe und den bitteren Geschmack zeigt. Dies ist die maßgebliche Auffassung des Publikums. — Ebenda 269, GewRSchutz **14** 163. Unerläßliche Voraussetzung ist, daß jeder Zweifel darüber, daß es sich nur um eine Beschaffenheitsangabe handelt, durch unzweideutige Zusätze klargestellt ist. Bleiben aber Zweideutigkeiten und Zweifel übrig, wie die gebrauchte Bezeichnung gemeint sei, so sind jene Voraussetzungen nicht gegeben; jeder hat im Wettbewerbe für völlige Klarheit der von ihm gebrauchten Ausdrücke zu sorgen; nur unzweideutige Ausdrücke sind zulässig; ist eine andere Deutung und damit Bedeutung möglich, so ist der Ausdruck nicht mehr richtig, wenn diese andere Deutung eine unrichtige Angabe einschließt.

6. MSchutzuWettbew. **12** 273, GewRSchutz **14** 82 (PA.). Die Bezeichnung „Wicküler-Elberfelder Pilsener" ist von der Beschwerdeabteilung für nicht eintragbar erklärt worden. Die Begründung setzt sich eingehend mit der Auffassung des RG. auseinander. Die Bezeichnung Pilsener gilt in den meisten ausländischen Absatzgebieten als Herkunftsangabe, wie auf Grund von Erhebungen festgestellt wird.

7. Seligsohn, Zusätze zu Warenbezeichnungen, MSchutzuWettbew. **13** 307, wendet sich gegen die Praxis des RG. in der Pilsener Bier-Frage sowie in der Behandlung von Zusätzen wie „Ersatz für . . .", „nach dem System" usw. Im Interesse des Publikums, das irregeführt werden kann, müsse grundsätzlich das Unzulässige solcher Zusätze ausgesprochen werden.

8. Rosenthal, Die Anlehnung an die Bezeichnung „Pilsener Bier" vom Standpunkt einer lauteren Erwerbstätigkeit, LeipzZ. **14** 345, unterzieht die Rechtsprechung des RG. einer eingehenden Kritik. Sie befördere die Entwicklung einer Herkunftsbezeichnung zum Haltungsbegriff und ließe schon damit einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechtssphäre des zur Führung der Herkunftsbezeichnung Berechtigten zu. Sie leiste dem Mißbrauche, der mit dem Worte Pilsener getrieben wird, Vorschub. Schließlich würden selbst diejenigen Brauereien, die bisher die Anlehnung an die Bezeichnung „Pilsener" verschmäht hätten, hierzu gezwungen, wenn sie nicht im Wettbewerbe zurückbleiben wollten. — Hiergegen Armbruster, ebenda 846. Niemand ist gehindert ein dem „Original" ähnliches oder gleiches Produkt zu fabrizieren und dem Publikum bekannt zu geben, daß er ein Produkt der gleichen Art oder des gleichen Geschmacks fabriziere.

9. MSchutzuWettbew. **13** 438. Eingabe des Handelsvertragsvereins an den Reichskanzler betr. Anwendung unrichtiger geographischer Herkunftsbezeichnungen im Warenverkehr.

II. Einzelfälle. 1. **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 495. OLG. stellt fest, daß das konsummierende Durchschnittspublikum unter „echten Zigarren" oder „echten Havanna-Zigarren" importierte Zigarren versteht. Diese Feststellung kann von der Revision nicht angegriffen werden.

2. **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 596. „Emser Karamellen" ist eine Herkunftsangabe.

3. **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 441. Unter Steinhäger versteht das Publikum allgemein einen von dem Brenner vollständig fertig gestellten Trinkbranntwein (vgl. JDR. **12** 984 zu f).

4. GewRSchutz **14** 164 (LG. Posen). In der Bezeichnung „Singernähmaschine" erblickt das große Publikum in erster Linie eine Herkunftsangabe.

III. Veranstaltungen. **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 492. Die Darstellung eines schon aufgegebenen Geschäftshauses auf Briefbogen kann eine falsche Angabe sein, die den Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckt (vgl. auch oben zu § 3).

§ 6. RG. (Straff.) **47** 117, MSchutzuWettbew. **13** 195. Unrichtig ist die Anschauung, daß die Bezugnahme auf die Herkunft der Waren aus einer Konkursmasse auch dann, wenn die Waren nicht mehr zum Bestande der Masse gehörten, zulässig sei und nicht gegen den § 6 UnlWG. verstoße, sofern die Herkunftsbezeichnung zum Zwecke der Angabe des Ausverkaufsgrundes nach § 7 das. geschehe. Der Umgehung wäre Tür und Tor geöffnet, und das Verbot des § 6 im Ergebnisse wirkungslos, wenn die verbotene Bezugnahme auf die Herkunft der Ware auf dem Umweg über den § 7 als Angabe des Grundes für zulässig zu erachten wäre, der zu dem Ausverkauf Anlaß gegeben hat.

§§ 7, 8. Rosenthal, Erwerb einer Warenmasse zum sofortigen Ausverkaufe, LeipzZ. **14** 1322, schließt sich jetzt der Auffassung des **RG.** (Straff.) **45** 371 in bezug auf die Anwendbarkeit des § 7 Abs. 1 an, bekämpft aber die Anwendung des § 8, insbesondere auch die Begründung, welche Lobe, Festschrift für Wach 277, beigebracht hat.

§ 7. I. 1. Wernicke, Der Ausverkaufsbegriff im Wettbewerbsgesetz, LeipzZ. **14** 1495, sucht diesen Begriff im Gegensatze zu dem des Sonderangebots festzulegen. Dem Ausverkaufe sei wesentlich: a) die Räumung, d. h. das vollständige zu Ende verkaufen der vorhandenen Warenvorräte; b) die Beschleunigung des Verkaufs und das Heraustreten aus dem Rahmen des laufenden Geschäftsganges, Unterbietung von besonderen Kaufvorteilen; c) die Auffassung des Publikums, daß ein Ausverkauf vorliegt. Für den Ausverkauf sei der Grund die Unmöglichkeit oder der nicht mehr vorhandene Wille, das Geschäft ganz oder teilweise fortzusetzen; bei dem Sonderangebote soll das Geschäft belebt werden. Beim Ausverkaufe gehe die Absicht auf Räumung, Beendigung des Geschäftsbetriebs oder Aufgabe von Teilen des Betriebs, bei dem Sonderangebote hingegen auf Bietung von wiederholten günstigen Kaufgelegenheiten im laufenden Geschäftsgange. Die Beschleunigung spiele beim Sonderangebot keine größere Rolle, als bei dem modernen Geschäftsbetrieb überhaupt. Die Dauer sei beim Ausverkauf unbestimmt und lang, beim Sonderangebote bestimmt und kurz. Zum Ausverkaufe kommen nur bestimmte, bereits vorhandene Bestände, die Sonderangebote beruhten oft auf besonders günstigen Gelegenheiten.

2. Teilausverkauf oder Sonderangebot? a) MSchutzuWettbew. **14** 84 (Hamm). In der Anzeige werden vier Warenposten unter Angabe der früheren Preise genannt und dabei bemerkt, daß die Veräußerung der betreffenden Waren zu bestimmten, wesentlich ermäßigten Preisen erfolgen solle. Das muß von dem Leser so verstanden werden, daß es sich um abgegrenzte Warenmengen handelte, die zu dem Zwecke des Verkaufs abgesondert seien und möglichst schnell verkauft und deshalb zu ermäßigten Preisen abgegeben werden sollten. Schon, daß von bestimmten Posten geredet wird, läßt darauf schließen, daß die Antragsgegnerin nicht etwa eine von ihr noch zu bestimmende Anzahl der betreffenden Kleidungsstücke zu ermäßigten Preisen abgeben wollte, sondern die Sache aus ihren sonstigen Beständen schon ausgeschieden hatte, und daß auf die so bestimmten, und namentlich auch ihrer Menge nach festgelegten Waren die Ankündigung sich bezog. Die Ankündigung betraf also die Räumung eines bestimmten Warenvorrats aus dem vorhandenen Bestande, und ist deshalb als Ausverkaufsanzeige zu erachten. **b) RG.** WarnE. **14** 262. Aufhebung einer Klagabweisung des KG. wegen der Ankündigung: „Ein großer Posten Frühjahrspaletots zu bestimmten Preisen". Die Abgrenzung eines

Warenvorrats nur der Quantität nach genügt. Die besondere außergewöhnliche Gelegenheit liegt in dem billigen Preis nur für diesen bestimmten Posten.

3. Veranstaltung und Ankündigung. a) Finger, „Ankündigung" oder „Veranstaltung" von Ausverkäufen, MschutzuWettbew. **13** 141, beschäftigt sich mit der von Jacubowsky, ebenda **12** 547, JDR. **12** zu 5, aufgeworfenen Frage, ob eine Änderung des Gesetzes nach der Richtung nötig ist, daß nicht nur die Ankündigung, sondern auch die Veranstaltung geregelt wird, und verneint sie. — Dagegen ist Rosenthal, ebenda 191, der Ansicht, daß die Ankündigung nicht notwendig der Veranstaltung vorauszugehen braucht, um die Anwendbarkeit der §§ 7—10 zu gewährleisten. **b)** MschutzuWettbew. **13** 212 (Hamburg). Zu Unrecht rügt die Revisionsbegründung, daß das Gesetz verletzt sei, weil die Veranstaltung von Ausverkäufen niemals strafbar sei. Richtig ist freilich, daß im § 7 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 UnlWG. nur von Ankündigungen, nicht von Veranstaltungen eines Ausverkaufs die Rede ist, ebenso wie in den §§ 3, 4, 6 von öffentlichen Bekanntmachungen gesprochen wird. Allein es wäre unrichtig, daraus zu folgern, daß die hier in Frage kommende, im § 9 Abs. 2 Satz 2 enthaltene Gesetzesbestimmung nur die Ankündigungen, welche sich auf Ausverkäufe und was dem gleich steht, beziehen, treffen sollen, nicht aber die Veranstaltungen von Ausverkäufen, welche freilich ohne Ankündigungen tatsächlich nicht wohl denkbar sind. Der § 8 mit seinem Verbote des sogen. Vorschiebens und Nachschiebens von Waren beweist, daß auch andere Handlungen als Ankündigungen getroffen werden sollen. Im § 9 Abs. 2 Satz 2 ist gesagt, daß über die Zahl, Zeit und Dauer der üblichen Saison- und Inventurausverkäufe die höhere Verwaltungsbehörde Bestimmungen treffen könne. Es ist kein Grund vorhanden, diese Bestimmung so zu verstehen, daß die Behörde nur über die Ankündigungen derartiger Ausverkäufe Bestimmungen treffen dürfe, sondern die Behörde kann diese Veranstaltungen nach Zahl, Zeit und Dauer regeln. Die Bek. vom 7. November 1911 geht dann auch — zulässigerweise — dahin, daß die im ordentlichen Geschäftsverkehr üblichen Saison- und Inventurausverkäufe jährlich höchstens zweimal stattfinden dürfen.

4. Grund. a) **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 442. Die Ankündigung: „Um mit meinem Lager in sämtlichen Winterschuhen zu räumen" muß vom Publikum dahin verstanden werden, daß der Angeklagte aus dem vorhandenen Bestande seines gesamten Schuhlagers den Bestand an Winterschuhen ausscheiden und im Wege eines beschleunigten, billigen Verkaufs räumen will. Lediglich das aber ist maßgebend, wie das Publikum die Ankündigungen verstehen muß und versteht. Ob der Angeklagte daneben den in der Anzeige nicht zum Ausdrucke gekommenen Willen hatte, in Wirklichkeit gar nicht den Verkauf von Winterschuhen einzustellen, sondern auch weiterhin solche zu verkaufen, ist für die Frage, ob die Anzeige einen Ausverkauf ankündigt, bedeutungslos. **b)** LeipzZ. **14** 602 (Hamburg). Umzug ausreichender Ausverkaufsgrund, insbesondere bei einem Seiden- und Konfektionsgeschäfte.

5. Jacubowsky, Handelskammern und Ausverkaufskontrolle, MschutzuWettbew. **13** 436. § 7 enthalte die allgemeine Delegation an die mit seiner Durchführung betrauten Stellen für alle solche Anordnungen und Befugnisse, welche im Rahmen des von ihm verfolgten Zweckes zur Erreichung eben dieses Zweckes erforderlich sind.

6. Jacubowsky, Kann ein Ausverkauf wegen empfindlicher Störung der ansässigen Gewerbetreibenden verboten werden? MschutzuWettbew. **13** 482, erörtert das Verhältnis der Verordnungen über Versteigerungen zum UnlWG.

II. Abs. 2. 1. Polizeiverordnung. a) KGJ. **45** 399, LeipzZ. **14** 881 (KG.) erklärt es für unwirksam, wenn eine zur Ausführung des § 7 Abs. 2 erlassene Polizeiverordnung eine bestimmte Frist festsetzt, die zwischen der Ein-

reichung der Anzeige und dem Beginne des Ausverkaufs verstreichen müsse. Hiergegen Rosenthal, JW. **14** 742 und Finger, MschutzuWettbew. **13** 579, denen Eyck, JW. **14** 1069 entgegentritt. **b) RG.** (Straff.) **47** 88, MschutzuWettbew. **13** 195. Es ist unzulässig, unterschiedslos alle Ausverkäufe von vornherein in die Polizeiverordnung einzubeziehen (**RG.** [Straff.] **45** 16, 189 ff.). Dieser Fall liegt auch dann vor, wenn die erlassene Verordnung soviel Einzelfälle aufzählt, daß tatsächlich kein Rest mehr übrig bleibt. Denn das läßt erkennen, daß die Verordnung „den besonderen wirtschaftlichen und lokalen Verhältnissen der einzelnen Absatzgebiete" in Wirklichkeit nicht Rechnung getragen hat (**RG.** [Straff.] **45** 20).

2. LeipzZ. **14** 972 (Hamburg). Auch beim Ausverkauf im Großhandel ist § 7 Abs. 2 zu beachten.

§ 8. 1. MschutzuWettbew. **13** 442 (LG. Stuttgart). Verurteilung in einem Falle, wo überhaupt nur Waren ausverkauft wurden, die eigens zu diesem Zwecke angeschafft wurden (vgl. **RG.** [Straff.] **45** 371). Gegen RG. Rosenthal, LeipzZ. **14** 1322.

2. Nachschub. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 560, LeipzZ. **14** 1570. Die Ankündigung des Ausverkaufs eines bestimmten Warenlagers oder Ladenbestandes wird nachträglich unwahr, wenn der Ausverkauf sich nicht darauf beschränkt, sondern auf andere Waren aus einem anderen Laden desselben Verkäufers erstreckt (**RG.** [Straff.] **45** 169). Vgl. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **14** 872.

3. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **14** 1570. Nachschub aus einem anderen Laden. — **RG.** (Straff.) ebenda 1914. Nachschub durch Umtausch bereits vorhandener Waren.

4. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 561. Zur Verurteilung als Mittäter ist notwendig, daß der Angeklagte die Tat des Mitangeklagten als eigene vollbringen, nicht nur als fremde fordern und unterstützen wollen.

§ 9. Abs. 2. MschutzuWettbew. **13** 209 (Düsseldorf) verneint die Frage, ob der Inventurausverkauf im Möbelhandel üblich sei.

§ 10. Rosenthal, Der Unterlassungsanspruch aus § 10 UnlWG., MschutzuWettbew. **13** 483. Die Wiederholungsgefahr muß auf Grund gesetzlicher Präsumption als ohne weiteres gegeben angesehen werden. Die Beendigung des Ausverkaufs steht dem Erlasse des Unterlassungsurteils nicht entgegen.

§ 12. 1. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **14** 1530. Das Gewähren von Korkengeldern an Kellner, um sie zur Empfehlung einer Sektmarke an die Gäste zu bestimmen, ist strafbar.

2. Unlauterkeit. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **13** 586. Gewährung von Trinkgeldern. Nicht jedes der Industrie unwürdige Verhalten erfüllt den Tatbestand einer nach § 12 strafbaren Verfehlung.

3. Anbieten von Vorteilen. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 564. Es kommt nicht darauf an, ob das Angebot angenommen oder eine bestimmte Geldsumme oder ein bestimmter Prozentsatz angeboten worden ist. Zum Anbieten genügt vielmehr, daß dem Angestellten für einen bestimmten Fall gewisse Leistungen in Aussicht gestellt worden sind, und daß diese als ein Vorteil erschienen.

§ 13. I. 1. MschutzuWettbew. **13** 162 (Naumburg). Likör und Limonade sind weder gleichartige noch verwandte Waren. Der Verkehr sieht sie als Gegensätze an.

2. **RG.** MschutzuWettbew. **13** 563. Bewertung des Interesses eines Verbandes zur Förderung gewerblicher Interessen, wenn ein solcher Verband auf Unterlassung der Aufstellung einer Behauptung nach §§ 1, 13 UnlWG., §§ 823, 824 BGB. klagt.

3. LeipzZ. **14** 410 (Colmar). Passivlegitimation eines Geschäftsführers einer französischen „association en participation".

II. Abs. 3. 1. Recken, Die Fassung des Urteilstenors und die Zwangsvollstreckung bei der Verurteilung aus § 13 Abs. 3, GewRschutz **14** 141. Der Urteils-

tenor hat in jedem Falle dahin zu lauten, daß der beklagte Geschäftsherr verurteilt wird, die betreffende Wettbewerbshandlung zu unterlassen. Die Zwangsvollstreckung hat nach § 890 ZPO. zu erfolgen. Es muß ein Verschulden festgestellt werden.

2. LeipzZ. **14** 409 (Augsburg). Die Vollstreckung hat nach § 890 ZPO. zu erfolgen. Die *Verhängung* der angedrohten Strafe darf bloß dann stattfinden, wenn das Unterlassungsgebot von dem Geschäftsherrn schuldhaft verletzt wird, wenn also auf seiner Seite Vorsatz oder mindestens Fahrlässigkeit obwaltet. Allein die Frage, ob ein solches die Verhängung der Strafe rechtfertigendes Verschulden vorliegt, kann jeweils erst dann untersucht werden, *wenn eine Zuwiderhandlung gegen das* in der Strafandrohung bezeichnete *Verbot vorliegt, und der Gläubiger die Festsetzung der Strafe beantragt hat.* In der Strafandrohung selbst braucht das Moment der Verschuldung nicht weiter berührt zu werden, wenn auch kein Hindernis besteht, daß es in der Androhung zum Ausdrucke kommt. Vgl. *Keidel*, ebenda 656.

3. **RG. 83** 424, JW. **14** 405, LeipzZ. **14** 567, MschutzuWettbew. **14** 23. „Beauftragte" sind solche Personen, die ohne im Angestelltenverhältnis zu stehen, kraft Auftrags oder auch Werkvertrags in dem *betreffenden Geschäftsbetriebe* tätig sind; nicht aber selbständige *Lieferanten*, die an sich einer Herrschaftssphäre nicht unterstehen. Wenn der Geschäftsherr nicht für eigene Handlungen, sondern auf Grund des § 13 Abs. 3 UnlWG. für das Tun einer anderen Person verantwortlich gemacht werden soll, dann muß von *dieser anderen Person* der Tatbestand einer der im § 13 Abs. 3 bezeichneten unzulässigen Handlungen erfüllt sein.

§ 14. 1. *Aktivlegitimation.* **RG.** MschutzuWettbew. **14** 77. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wenn ausdrücklich über *alle* anderen Fabrikanten unrichtige Angaben gemacht werden, damit nicht im Sinne von § 14 UnlWG. ausreichend *jeder einzelne* von ihnen bezeichnet und als klageberechtigt zu erachten ist (**RG. 50** 107, UnlW. **4** 56). Im vorliegenden Falle hat der Berufungsrichter festgestellt, daß die Klägerin als eine *besonders bekannte* Fabrik von jenem Vorwurf in *erster* Linie betroffen sei und daß die Broschüre des Beklagten vom Leser so aufgefaßt werde.

2. *Behauptung von Tatsachen.* a) **RG.** MschutzuWettbew. **14** 17. Enthält eine einheitliche Äußerung die Behauptung von Tatsachen in Verbindung mit Urteilen, die auf diesen Tatsachen beruhen, so stellt die ganze Äußerung die Behauptung von Tatsachen dar. Ist die grundlegende tatsächliche Behauptung wahr, so kann kein Anspruch auf Unterlassung gegeben sein. b) MschutzuWettbew. **13** 393 (Colmar). Behauptung der Lieferung an eine gesperrte Firma als tatsächliche unrichtige Angabe. c) MschutzuWettbew. **13** 571 (Karlsruhe). Die Behauptung, „Natureis" im Gegensatze zu künstlichem Kristalleise sei gefährlich, es sei eine unumstößliche Tatsache, daß der Genuß und die Verwendung des unreinen Natureises die Gesundheit im höchsten Grade gefährden, verstößt gegen § 14 UnlWG. d) MschutzuWettbew. **13** 571 (Karlsruhe). Die Behauptung, Terpentinöl, das in dem Schuhputzmittel Pilo enthalten sei, mache die Stiefel trocken, spröde und rissig, verstößt gegen § 14.

3. *Zu Zwecken des Wettbewerbes.* a) MschutzuWettbew. **13** 598 (Cassel). Angaben in einer *Patentanmeldung* sind nicht zu Zwecken des Wettbewerbes aufgestellt; sie dienen, soweit sie dazu dienen sollen, das Neue der Erfindung hervorzuheben, berechtigten Interessen. b) **RG.** MschutzuWettbew. **14** 74. Die Eingabe eines *Innungsverbandes* bei einer *Stadtgemeinde* gegen einen Handwerksmeister ist keine Handlung *zu Zwecken des Wettbewerbes.* Ein *Interessenkampf* ist nicht notwendig ein Wettbewerb

(**RG. 56** 277) und auch die räumliche Begrenzung der Wirksamkeit des Verbandes ändert daran nichts. Seine Tätigkeit ist dem gesamten Handwerk zu dienen bestimmt.

4. Beweislast bei der einstweiligen Verfügung. LeipzZ. **14** 879 (Stuttgart). Der Antragsteller hat glaubhaft zu machen, daß die behaupteten Tatsachen nicht erweislich wahr sind. Vgl. **RG.** SeuffA. **60** Nr. 20, OLG. **23** 394; aM. Rosenthal Anm. 31.

§ 16. 1. Firma. a) **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 214. Verwechslungsfähigkeit zwischen der Firma E. Mercier u. Cie. in Epernay und Mercier-Roger u. Co. Cognac, Succursale, Berlin. Das Publikum hält in seiner überwiegenden Mehrheit durchaus nicht für unwahrscheinlich, daß ein Champagnerfabrikant auch Kognak herstelle. b) **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 270. Allerdings ist anerkannten Rechtens, daß § 16 UnlWG. auch bei Benutzung von Teilen der Firma eines anderen Anwendung findet, insbesondere, wenn es sich um die Benutzung sogen. Schlagworte handelt. Es ist aber ebenfalls anerkannten Rechtens, daß ein Wort, welches das Schlagwort einer Firma (oder auch eines Warenzeichens) geworden ist, diese seine Bedeutung durch die Umstände, unter denen es gebraucht wird, insbesondere auch durch in die Augen und Ohren springende Zusätze verlieren, also seines Charakters als Schlagwort entkleidet werden kann.

2. Titel. a) Elster, Urheberrechtsschutz für Bücher- und Zeitschriftentitel, GewRSchutz **14** 277, erörtert die Frage, ob der Titel einer Zeitschrift noch Anspruch auf Schutz hat, wenn sie ihr Erscheinen, vielleicht nur zeitweise, eingestellt hat. b) MSchutzuWettbew. **13** 213 (Dresden) hält die Bezeichnung einer Zeitung „Großer Leipziger Wohnungs-Anzeiger" für verwechslungsfähig mit der älteren Zeitung „Leipziger Wohnungsanzeiger", die eine besondere Bezeichnung im Sinne des § 16 enthalte. c) MSchutzuWettbew. **13** 392 (Cöln). Schutz des Filmtitels „die letzten Tage von Pompeji". Der kinematographische Film enthält alle diejenigen Merkmale, welche das **RG.** (Straff.) **4** 363 im Anschluß an § 2 PreßG. vom 7. Mai 1874 annimmt. Danach sind Druckschriften nicht nur die Erzeugnisse der Buchdruckerpresse, sondern auch alle anderen durch mechanische oder chemische Mittel bewirkten, zur Verbreitung bestimmter Vervielfältigungen von Schriften und bildlichen Darstellungen mit oder ohne Schrift, auch Photographien. Der Film ist nun aber bekanntlich eine fortlaufende Kette photographischer Aufnahmen, die durch chemische Mittel vervielfältigt und in vielen Exemplaren zwecks Vorführung als Lichtbilder verarbeitet werden. Aktiv legitimiert ist der Eigentümer der Druckschrift (des Films), daneben aber auch derjenige, der als Lizenznehmer das ausschließliche Benutzungsrecht an dem Film für einen bestimmten Bezirk erworben hat.

3. Keidel, Verantwortlichkeit des Druckers für eine gegen § 16 UnlWG. verstoßende Druckschrift, MSchutzuWettbew. **13** 309. Von demjenigen, der lediglich die Herstellung der Druckschrift besorgt, kann nicht gesagt werden, daß er die Bezeichnung im geschäftlichen Verkehre benutzt. Er kann daher nicht auf Unterlassung verklagt werden, es sei denn, daß er weiß, daß das Erzeugnis des Druckes gegen § 16 verstößt. Dann kommt § 1 auf ihn zur Anwendung.

§ 17. 1. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. a) **RG.** LeipzZ. **14** 1896. Der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses läßt sich nicht allgemein gültig feststellen; entscheidend die tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls. Ein Gegenstand, der jedem bekannt, ist nicht mehr geheim, während diese Eigenschaft nicht fortfällt, wenn eine begrenzte Anzahl von Personen davon Kenntnis hat. Beachtlich ist der Wille des Geschäftsherrn, den Gegenstand in seinem und seines Geschäfts Interesse zu verschweigen. b) **RG.** MSchutzuWettbew. **13** 388. Betriebsgeheimnisse sind das Verfahren zur Reduzierung der Wolframsäure und die dabei benutzten Einrichtungen, die für die Stärke des zu verwendenden Platinbandes

und die anzuwendende Hitze bestehenden Vorschriften. **c) RG.** (Strafs.) LeipzZ. **14** 962. Inhalt von Reiseberichten als Geschäftsgeheimnisse. **d) RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **13** 501, JW. **14** 715. Musterkarten sind, solange sie nicht von der Firma selbst verschickt wurden, als Geschäftsgeheimnis anzusehen. Das Geheimnis ist in der Art der Auswahl unter den außerordentlich zahlreichen Erzeugnissen der Fabriken und in der Zusammenstellung der ausgewählten Fabrikate zu den Musterbüchern zu finden. Gleichgültig ist, daß die Gesamtheit aller von den Fabriken herausgebrachten Tapetenmuster, aus denen die Auswahl getroffen und die Zusammenstellung gemacht wurde, selbst kein Geheimnis war.

2. Angestellter. **RG.** (Strafs.) LeipzZ. **14** 400. Für den Begriff des Angestellten kommt es nicht „lediglich darauf an, ob der Betreffende seine gesamte Tätigkeit allein dem Geschäfte des Geschäftsherrn zu widmen hat"; es gibt vielmehr auch Angestellte, die ihre Tätigkeit mehreren Geschäften zu widmen haben. Als Angestellter kann aber nur in Betracht kommen, wer sich dem Geschäftsherrn gegenüber in einer abhängigen Stellung befindet. Dadurch wird die Eigenschaft eines Agenten, der nach dem Gesetze die Stellung eines unabhängigen selbständigen Kaufmanns hat (§§ 84 ff. HGB.), rechtlich ausgeschlossen; mag auch der Agent den Weisungen dessen, für den er tätig wird, zu folgen haben, so wird doch ein Abhängigkeitsverhältnis hierdurch allein noch nicht begründet. In dem Kundenkreis und dem Absatzgebiet eines Fabrikanten kann ein Geschäftsgeheimnis erblickt werden.

§ 18. 1. **RG.** JW. **14** 250, LeipzZ. **14** 568. Waren Vorlagen vor dem Inkrafttreten des Gesetzes anvertraut, so blieben sie es nach diesem Zeitpunkt, und ihre unbefugte Verwertung konnte von nun an nicht deshalb straffrei bleiben, weil sie schon vorher begonnen hatte. Es macht keinen Unterschied, daß die unbefugte Verwertung der Vorlagen nicht während des Vertragsverhältnisses erfolgte, sondern nach dessen Beendigung. Die Vorlagen brauchen keine Geschäftsgeheimnisse zu sein, sie dürfen nur nicht offenkundig sein.

2. Goldbaum, Manuskriptschutz, LeipzZ. **14** 901. Das Dramenmanuskript, welches den Wortlaut des Bühnenwerkes, die Anweisungen des Verfassers an die Schauspieler, den Regisseur usw., szenische Zeichnungen, Kostümangaben, also auch eine Fülle technischer Vorschriften enthalte, ist als Vorlage technischer Art durch § 18 geschützt.

§ 22. RG. (Strafs.) MschutzuWettbew. **13** 202. Der von Verbänden des § 13 UnlWG. gestellte Strafantrag hat nicht zur Voraussetzung, daß die Mitglieder dieser Verbände Waren gleicher oder verwandter Art herstellen. Es genügt, daß der Strafantrag zur Sicherung oder Förderung derjenigen Zwecke gestellt ist, deren Erreichung sich der Verein zur verfassungsmäßigen Aufgabe gemacht hat (vgl. **RG.** [Strafs.] **45** 355).

§ 23. MschutzuWettbew. **13** 452 (Karlsruhe). Ist in erster Instanz der Antrag des Klägers, ihm die Befugnis zuzusprechen, die Verurteilung des Beklagten öffentlich bekannt zu machen, abgewiesen worden, so kann das Berufungsgericht die Bekanntmachung nur anordnen, wenn der Kläger — im Wege der Berufung oder der Anschließung — einen darauf gerichteten Antrag stellt.

§ 24. 1. Salinger, Der Gerichtsstand für Klagen wegen unlauteren Wettbewerbes bei einer Mehrzahl von Niederlassungen des Beklagten, GewRschutz **14** 10, wendet sich gegen **RG. 44** 361, wonach der Gerichtsstand der Niederlassung ausschließlich zuständig ist, auf deren Geschäftsbetrieb sich die unlautere Handlung bezieht. Es sei vielmehr für alle Klagen das Gericht der Hauptniederlassung ausschließlich zuständig.

2. MschutzuWettbew. **13** 393 (Colmar). Unter „Niederlassung" im Sinne des

UnlWG. sind sowohl Haupt- wie Zweigniederlassungen zu verstehen. Voraussetzung ist, daß der unlautere Wettbewerb mit dem Geschäftsbetriebe gerade dieser Niederlassung in Verbindung steht.

§ 28. LeipzZ. **14** 1234 (München). Die Bekanntmachung der Pariser Union im RGBl. genügt der Vorschrift des § 28.

Börsengesetz.

Vorbemerkung: I. Aus dem sich auf einen zweijährigen Zeitraum (1913 und 1914) erstreckenden Berichte sind als wichtigste Entscheidungen des Reichsgerichts folgende hervorzuheben:

1. Mit der Heilung unwirksamer Börsentermingeschäfte durch Einverständniserklärung und Verwirkung der Leistung gemäß § 57 BörsG. beschäftigen sich die Entscheidungen des II. Senats vom 22. April 1913 und vom 20. Februar 1914. Die erstere nimmt ausführlich zu dem Grundgedanken und zu wichtigen Einzelheiten der Vorschrift Stellung und entscheidet in zutreffender Weise, wann beim Ankaufe von Wertpapieren, insbesondere von Minenshares an der Londoner Börse die Bank die ihr obliegenden Leistungen bewirkt hat (§ 57 Nr. I, II 3, 4, 7 a, III 1, 2). — Sehr weit geht die Entscheidung vom 20. Februar 1914 (§ 57 Nr. II 5), wonach schon die Verlängerung im Wege des Reportgeschäfts die Heilung bewirkt.

2. Unter allgemeiner Zustimmung hat das RG. in Strafsachen in der Entscheidung vom 28. Februar 1913 (vor § 50 E Nr. III 1) die Strafbarkeit des Bucketshop wegen Betrugs festgestellt. Vgl. hierzu auch § 94 Nr. 2—4.

II. Aus der zahlreichen Literatur ragt besonders hervor 1. das Buch von Göppert, Über das Börsentermingeschäft in Wertpapieren (1914) (vgl. vor § 50 B I 1 b, II, III und oben Ziff. 5 zu § 764 BGB.). Der frühere Staatskommissar der Berliner Börse hat in diesem Buche die Vorträge, die er vor Kaufleuten, Nationalökonomen und Juristen gehalten hat, gesammelt herausgegeben und so seine durch vorzügliche Sachkenntnis und vorurteilslose Auffassung ausgezeichneten Darlegungen einem großen Kreise zugänglich gemacht. Die wirtschaftliche Bedeutung und Berechtigung des Börsentermingeschäfts kann kaum besser und eindringlicher dargestellt werden, als es hier geschieht, und es ist zu hoffen, daß die wertvollen Ausführungen des an hervorragender Stelle wirkenden Autors die Börse für immer vor ungerechtfertigten Angriffen schützen werden. Mit besonderer Betonung hebt Göppert die Notwendigkeit einer scharfen Unterscheidung des Börsentermingeschäfts in Waren und des Börsentermingeschäfts in Wertpapieren hervor.

2. Sehr förderliche Abhandlungen haben Nußbaum, Die sog. Zwangsregulierung bei Börsengeschäften (vor § 50 A Nr. II 1 ff.) und Bernstein, Vom Rechte der amtlich nicht notierten Werte (§ 43) geliefert. Nußbaums Arbeit wird vor allem der gerichtlichen Praxis willkommen sein, da hier zum ersten Male mit Erfolg der Versuch einer systematischen und ausführlichen Behandlung der häufig zu Prozessen führenden Zwangsregulierung gemacht wird.

3. Mit der Reform des Zulassungswesens beschäftigen sich eine Reihe von Schriftstellern, vgl. § 36.

III. Kriegsrechtliches ist vor § 50 B Nr. III zusammengestellt.

I. Allgemeine Bestimmungen über die Börsen und deren Organe.

Vor § 1. Literatur: Altmann, Der Börsianer, RuW. **3** 196—200. — Bloch, Les bourses de Marchandises. Réformes adoptées et réformes projetées. Annales de droit commercial **12** 472—489. — Buß, Berliner Börse von 1685—1912. Berlin 1913. — Chéron, De la réorganisation de bourses en Egypte. Annales de droit commercial 26e

année p. 196—208, 275—286. — Cohn, Das zürcherische Gesetz betreffend den gewerbsmäßigen Verkehr mit Wertpapieren (vom 22. Dezember 1912), BankA. **12** 315. — Fuchs, Beiträge zur Geschichte der Zürcher Effektenbörse (1882—1891). Zürich 1913. — Guilmard, Le marché libre de la bourse de Paris. Paris 1912. — Meyer, Börsengesetz. 3. Aufl. (vormals herausgegeben von Hemptenmacher), Guttentag. 1915. — Passow, Materialien für das wirtschaftswissenschaftliche Studium. Zweiter Band: Effektenbörsen. 1912. Dritter Band: Warenbörsen. 1912. — Vgl. ferner vor § 50 die Literaturangaben zum Börsenterminhandel.

I. Allgemeines. 1. Passow, Materialien für das wirtschaftswissenschaftliche Studium. Zweiter Band: Effektenbörsen, enthält: I. Das Reichsbörsengesetz und ergänzende allgemeine Bestimmungen. II. Börsenordnungen und Verwandtes. III. Die Börsengeschäfte und ihre Abwicklung. — Dritter Band: Warenbörsen, enthält: I. Allgemeine Vorbemerkungen. II. Die Berliner Produktenbörse. III. Der Getreidezeithandel an den Produktenbörsen zu Danzig und zu Mannheim. IV. Der Terminhandel in Kaffee an der Börse zu Hamburg. V. Der Terminhandel in Zucker an den Börsen zu Hamburg und zu Magdeburg. VI. Der Terminhandel in Metallen an den Börsen zu Berlin und Hamburg. Anhang: Die Schifferbörse zu Duisburg-Ruhrort. — Die genannten Gesetze und Bestimmungen sind im Wortlaut abgedruckt.

2. Altmann, RuW. **3** 196—200, gibt eine psychologische Beschreibung des Börsianers.

II. Geschichtliches und Börsenreformen. 1. Berlin. Buß, Berliner Börse von 1685—1912.

2. Zürich. a) Fuchs, Beiträge zur Geschichte der Zürcher Effektenbörse (1882—1891). b) Zürcherisches Gesetz, betreffend den gewerbsmäßigen Verkehr mit Wertpapieren, vom 22. Dezember 1912. (I. Allgem. Bestimmungen. II. Börsenagenten und Effektenbörsenverein. III. Die Vermittlung des Kaufes und Verkaufs von Wertpapieren außerhalb der Börse. IV. Prämienloshandel. V. Stempelgebühren. VI. Börsenkommissariat, Börsenkommission, Kursblatt. VII. Straf- und Vollzugsbestimmungen.) GoldschmidtsZ. **74** 498—509. — Zürcherische VO. zum G. vom 22. Dezember 1912, betr. den gewerbsmäßigen Verkehr mit Wertpapieren. Vom 26. Juni 1913. GoldschmidtsZ. **74** 509—510. c) Vgl. hierzu Cohn, BankA. **12** 315. Durch das Gesetz ist das Konzessions- und Kautionsprinzip nicht nur für den Börsenverkehr, sondern auch für den außerbörslichen Geschäftsbetrieb mit Wertpapieren sanktioniert und damit das Prinzip der Gewerbefreiheit trotz aller wirtschaftlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken für den ganzen Wertpapierhandel im Kanton Zürich außer Kraft gesetzt. — Vgl. bereits früher Cohn, BankA. **10** 85 (s. JDR. **10** vor § 50 A Nr. III), **11** 116.

3. Paris. a) Guilmard, Le marché libre de la bourse de Paris. Es besteht in Paris neben dem geregelten Bankmarkt und dem offiziellen Markte der Börsenmakler ein dritter Markt, der völlig frei und ohne jede organische Repräsentation ist. Er befaßt sich besonders mit unsicheren, neu kotierten und sehr spekulativen und schwankenden Werten. Die Unterdrückung dieses die nationale Sparsamkeit stark gefährdenden Marktes ist unmöglich. Als Mittel zur Einschränkung der größten Mißbräuche empfiehlt Verf. eine gesetzliche Regelung, welche die Bildung von Gesellschaften und deren Vereinigung in einem Zentralbureau vorsieht, sowie das Verbot aufstellt, Börsengeschäfte anders als durch verantwortliche Mandatare zu machen. b) Bloch, Les bourses de Marchandises.

4. Egypten. Chéron, De la réorganisation des bourses en Egypte, bespricht die Regelung des ägyptischen Börsenrechts durch die Gesetze vom 8. November 1909 und die ergänzenden Dekrete vom 25. April 1910 und 27. März 1912.

§ 5. Literatur: Fabian, Sind die Bestimmungen der Berliner Börsenordnung über die Zulassung zum Besuche der Börse reformbedürftig? DJZ. **13** 159.

Fabian. Geboten erscheint die Einführung der mündlichen Verhandlung und die Angabe von Gründen für jede Ablehnung eines Zulassungsantrags (vgl. § 15 der Berliner BörsenO. vom 7. Dezember 1908).

§ 28. Literatur: Hanausek, Börsenschiedsgerichte, Festgabe für Klein 177 ff. (auch als Sonderabdruck erschienen Wien 1914, vermehrt um einen Nachtrag: Statistische Daten).

I. Das Börsenschiedsgericht. 1. Begriff. BankA. **13** 278, HansGZ. **14** Hptbl. 125, R. **14** Nr. 969 (Hamburg). Ein Börsenschiedsgericht ist ein solches Schiedsgericht, welches zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Börsenbesuchern aus dem Börsenverkehr aus Börsenorganen oder von letzteren aus an der Börse tätigen Personen gebildet wird. Ein Hamburger Anwalt, der gleich zahlreichen anderen Kollegen das Börsengebäude mehr oder weniger regelmäßig zur Börsenzeit aufsucht, nicht um Börsengeschäfte abzuschließen oder zu vermitteln, sondern weil er dort mit einem großen Teile seiner Klienten als Anwalt geschäftlich verkehrt, gehört nicht zu diesem Personenkreise.

2. Die Berliner Schiedskommission für den Handel in nicht notierten Werten. Bernstein, Vom Rechte der amtlich nicht notierten Werte in Festgabe für Rießer (vgl. § 43) 398. Die bei der Ständigen Kommission des Zentralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten gebildete Schiedskommission ist kein Börsenschiedsgericht im Sinne des § 28. Sowohl die Ständige Kommission wie die Schiedskommission sind im wesentlichen dem außerbörslichen, interlokalen Verkehre zu dienen bestimmt, denn sie sind aus Vertretern der verschiedensten Plätze und Wirtschaftsgebiete zusammengesetzt, die Mitglieder brauchen weder Börsenbesucher noch überhaupt an Börsenplätzen ansässig zu sein.

3. Die Schiedsgerichte des Hamburger Vereins der am Futterhandel beteiligten Firmen. HansGZ. **13** Hptbl. 109 (Hamburg). Die Schiedsgerichte des Hamburger Vereins der am Futterhandel beteiligten Firmen sind Börsenschiedsgerichte im Sinne des § 28. Zu den Börsenschiedsgerichten gehören nicht nur solche, die in einer Börsenordnung vorgesehen sind. Ebensowenig ist erforderlich, daß sie zu den offiziellen Einrichtungen einer Börse gehören. Entscheidend ist der allgemeine Sprachgebrauch und die allgemeine Anschauung. Für sie ist die Hamburger Börse der Mittelpunkt des Großhandels. Ob in dem einzelnen Geschäftszweige die Mehrzahl der Geschäfte wirklich im Börsengebäude zustande kommen oder ob sie außerhalb der Börse durch Makler vermittelt oder von Kontor zu Kontor geschlossen werden, ist ohne Bedeutung. Bildet sich für einen bestimmten Geschäftszweig ein Verein von Interessenten, so gilt er als ein an der Hamburger Börse bestehender und seine Schiedsgerichtsorganisation als eine an der Hamburger Börse bestehende Einrichtung.

4. Börsenschiedsgerichte in Österreich. *Hanausek, Börsenschiedsgerichte. Die Börsenschiedsgerichte haben durch die neue Zivilprozeßgesetzgebung eine großzügige Regelung erfahren. Das EGZPO. enthält Direktiven für die Kompetenz, Zusammensetzung und Bildung der Börsenschiedsgerichte und für das schiedsgerichtliche Verfahren. Die §§ 577—599 ZPO. finden auf das Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten keine Anwendung. Die Börsenschiedsgerichte können auf Grund des Börsenstatuts durch Parteienverabredung auch für Streitigkeiten aus Warengeschäften kompetent sein, die außerhalb der Börse geschlossen wurden. Schiedssprüche der Börsenschiedsgerichte und die vor diesen abgeschlossenen Vergleiche sind Exekutionstitel. Zur gültigen Zusammensetzung eines Börsenschiedsgerichts ist erforderlich, daß ein Sekretär zugezogen wird, welcher ein zur Ausübung des Richteramts befähigter Beamter der Börsenkammer sein muß. Gegen Erkenntnisse

der Börsenschiedsgerichte sind Berufungen nicht zulässig (§ 6 Abs. 3 BörsG. vom 1. April 1875). Art. XXIII EGZPO. normiert acht taxativ aufgezählte Nichtigkeitsgründe. Art. XXV EGZPO. normiert eine Anfechtungsklage gegenüber einem schiedsgerichtlichen Erkenntnis, insbesondere wenn der Schiedsspruch gegen zwingende Rechtsvorschriften verstößt. Die Börsenschiedsgerichte sind Korporationsorgane, welchen allerdings Befugnisse zustehen, die sonst staatlichen Gerichten zustehen, nicht aber staatliche Gerichte.

II. Der Schiedsvertrag. 1. Die Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht kann bei einem börsenmäßigen, wenn auch außerhalb der Börse geschlossenen Geschäft im Besitz einer Börsenbesuchskarte mit entsprechendem Aufdrucke gefunden werden, auch wenn das Geschäft für eine andere Firma als diejenige geschlossen ist, welche dem Vertreter die Karte ausstellen ließ. **RG.** R. **13** Nr. 1921. Ist (wie dargelegt) der Besitzer einer ständigen Börsenkarte für legitimiert zu halten, an der Börse auch für andere Personen oder Firmen geschäftlich tätig zu werden, so ist dementsprechend die auf der Karte zum Ausdrucke gebrachte Unterwerfung unter die Börsenordnung und damit auch unter das dort vorgesehene Börsenschiedsgericht nicht auf die Firma, welche der Besitzer der Karte innehat oder als Willensorgan repräsentiert, eingeschränkt zu denken, sondern allgemein auf alle vom Besitzer der Karte getätigten Abschlüsse zu beziehen, die ihrer Natur nach in das von der Börsenordnung und den Börsengebräuchen beherrschte Gebiet fallen. Die Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht geht als ein nach der Verkehrssitte selbständiger Vertragsbestandteil auf alle einzelnen von dem Besitzer der Karte im Rahmen und in Gemäßheit der Handelsgebräuche der Börse vorgenommenen Abschlüsse über. Tritt also der Besitzer der Karte an der Börse nicht nur für die Firma, von welcher der Antrag auf Erteilung der Karte ausging, sondern noch für eine andere juristische Person auf, so erscheint auch die letztere, vertreten durch den Kartenbesitzer, als Börsenbesucherin, und hat die im voraus durch Lösung und Gebrauch der Karte ausgedrückte Unterwerfung unter die Zuständigkeit des Börsenschiedsgerichts auch für die letztere juristische Person Geltung.

2. Schiedsvertrag und Konkurs. a) BankA. **13** 278, HansGZ. **14** Hptbl. 125, R. **14** Nr. 970 (Hamburg). In einem Schiedsvertrag über Börsentermingeschäfte, welche gemäß § 53 für den einen Teil unwirksam sind, wurden die Schiedsrichter angewiesen, den Streitfall so zu entscheiden, wie er entschieden werden müßte, wenn Ansprüche aus Börsentermingeschäften unbeschränkt klagbar wären. Dies ist geschehen, nachdem der Nichtterminfähige — über dessen Vermögen später der Konkurs eröffnet wurde — erklärt hatte, er wolle sich die Bestimmungen des Börsengesetzes über die Unverbindlichkeit von Termingeschäften mit nicht ins Börsenregister eingetragenen Personen nicht zunutze machen. Trotzdem ist, wenn später der Konkursverwalter sich an diese Erklärung nicht mehr gebunden hält, der Schiedsvertrag gegenstandslos geworden. Denn er war nur für den Fall geschlossen, daß der Nichtterminfähige dabei verbleibe, daß er den Termineinwand nicht erhebe. b) Vgl. hierzu **RG.** HansGZ. **14** Hptbl. 282, BankA. **14** 105.

3. **RG.** WarnE. **14** 442, BankA. **14** 105, HansGZ. **14** Hptbl. 282. Über die Streitfrage, ob ein unverbindliches Börsentermingeschäft vorliegt, kann ein wirksamer Schiedsvertrag geschlossen werden, nicht jedoch, wenn über die Unklagbarkeit zwischen den Parteien Einigkeit besteht.

III. Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel.

§ 36. Literatur: Flersheim, Die Bedeutung der Börse für die Emission von Wertpapieren. (Die private Unternehmung und ihre Betätigungsformen. Sozialökonomische und juristische Abhandlungen auf privatwirtschaftlicher Grundlage.) Bd. II.

1914. — Jacobs, Die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel. Berlin 1914. (Vgl. hierzu die Kritik von Nußbaum, GoldschmidtsZ. 75 555.) — Lansburgh, Die Zulassung zum Börsenhandel, „Die Bank" 13 201—209. — Schwäßer, Die Praxis der Emission von Wertpapieren. Wien und Leipzig 1914.

I. 1. Flersheim, Die Bedeutung der Börse für die Emission von Wertpapieren, behandelt das Emissionsgeschäft und die Technik der einzelnen Emissionsarten (Zeichnung, Verkauf zum ersten Kurse, kontinuierlicher Verkauf), die Bedeutung der Börsennotiz für die Emissionsinteressenten, die Emission „an der Börse", die Bedeutung der Börsenspekulation bei der Emission.

2. Flersheim 47 ff. entwickelt den Unterschied von Zulassung und Einführung.

3. Über die Zulassung zum Börsenhandel in Österreich vgl. Schwäßer 143 ff.

4. Verhinderung der Zulassung durch die Regierung. Jacobs 70. Der Landesregierung steht die Befugnis zu, gegen die Zulassung im Aufsichtswege vorzugehen. Dies folgt zwar noch nicht aus dem Aufsichtsrechte (§ 1 Abs. 2 BörsG.), wohl aber aus der Bestimmung des § 36 Abs. 3 c, wonach die Zulassung von Wertpapieren, durch welche erhebliche allgemeine Interessen geschädigt werden, gesetzwidrig ist.

5. Die Handelskammer als Beschwerdeinstanz. Jacobs 42 ff. Die Berliner Handelskammer ist als Beschwerdeinstanz (§ 27 Berliner BörsO.) befugt, die Zulassung zu verfügen, vgl. Jahresbericht der Handelskammer 06 82.

II. Reformvorschläge. 1. Lansburgh, „Die Bank" 13 201—209. Dringend nötig ist eine Reform des Zulassungswesens, da die mangelhaften Bestimmungen des Gesetzes und der Bundesratsbekanntmachung die größte Unsicherheit und Ungleichheit hervorgerufen haben.

2. Jacobs 99 ff. Die Emission vor der Zulassung muß möglichst verhindert werden.

§ 38. Literatur: Vgl. zu § 36.

I. Prüfungspflicht der Zulassungsstelle hinsichtlich des Prospekts. Jacobs 34. Aufgabe der Zulassungsstelle ist es, dafür zu sorgen, daß entsprechend dem Sinne des Gesetzes der Prospekt wirklich erschöpfend die Verhältnisse der Gesellschaft klarlegt. Sie muß sich bemühen, das Bilanzbild und die Gewinn- und Verlustrechnung durch entsprechende Ergänzungen zu detaillieren und klarzustellen.

II. Reformvorschläge. 1. Inhalt des Prospekts. Jacobs 96. Notwendig ist die Beseitigung der Übelstände, die sich bei der Einführung der Wertpapiere in den Börsenhandel herausgestellt haben. Es müßten im Prospekte der Mindestumsatz und der Kurs, zu dem die Einführung geschehen soll, bekannt gemacht werden.

2. Prospekt und Emission. Lansburgh, „Die Bank" 13 201—209. Dringend erforderlich ist eine Abänderung der Vorschriften über den Prospekt. Heute, wo das Effektenangebot völlig von der Börsenzulassung losgetrennt und die letztere zu einer Formalität herabgesunken ist, auf welche die meisten Emissionshäuser leichten Herzens verzichten können, ist es ein Widersinn, die Bedingung der Prospektveröffentlichung an den unwichtigeren Akt der Zulassung statt an den wichtigeren der Emission zu knüpfen. Die Zulassung hat heute so wenig mit der Unterbringung der Effekten zu tun, daß diese schon lange untergebracht sind, wenn der Zulassungsantrag gestellt wird oder daß sie — bis auf kleine Bruchteile des Gesamtbetrags — erst lange nach erfolgter Zulassung zur Ausgabe gelangen. Im einen wie im anderen Falle kommen die Effekten zum öffentlichen Angebot, ohne daß ein Prospekt veröffentlicht wird, für dessen Angaben der Emittent haftbar wäre.

3. Die Veröffentlichung des Prospekts. Jacobs 42 ff. bespricht die Praxis der Zulassungsstellen betr. die Veröffentlichung des Prospekts, insbesondere die Unzuträglichkeit der Veröffentlichung gekürzter Prospekte in anderen als den „Pflichtblättern". Änderungsvorschlag: § 16 Bundesratsbek. vom 4. Juli 1910 sollte folgende Fassung erhalten: „Der von der Zulassungsstelle genehmigte Prospekt ist im Reichsanzeiger zu veröffentlichen und an der Börse zum Aushange zu bringen." Anderweite Veröffentlichung wäre zu gestatten, müßte aber nur den ungekürzten Prospekt enthalten dürfen.

§ 42. Börsenräume als Börseneinrichtung? Vgl. § 43 Nr. 2.

§ 43. Literatur: Bernstein, Vom Rechte der amtlich nicht notierten Werte in Festgabe für Rießer 378—434. Berlin 1913.

1. Der Handel in nicht zugelassenen Werten. (Inoffizieller Handel.) Umfang. Zentralverbandsusancen (vgl. JDR. **11** vor § 50 I 1). Bernstein 378 ff. Der Handel in nicht zugelassenen Werten (insbesondere in Bohranteilen, Kuxen, Kolonialpapieren, GmbH.-Anteilen) hat einen großen Aufschwung genommen. Dies hat den Zentralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes veranlaßt, eine Ständige Kommission für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten zu bilden und diese hat die Usancen für den Handel in amtlich nicht notierten Werten zusammengestellt. Der Kreis der Werte, welche Gegenstand des Geschäfts in amtlich nicht notierten Werten sind, geht über den Kreis derjenigen Wertpapiere, welche für den Handelsverkehr im engeren Sinne des Wortes bestimmt sind, erheblich hinaus und umfaßt Kategorien von Werten, welche für den offiziellen Börsenverkehr, sei es minder geeignet, sei es absolut ungeeignet sind. Von relativ erheblicher Bedeutung für das Geschäft in nicht notierten Werten sind danach gesellschaftliche Anteilsrechte, deren Übertragung an besondere Form- oder Genehmigungserfordernisse geknüpft ist, sowie solche, deren Übertragung mit einem Übergange von Leistungsverpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auf den Erwerber verbunden ist.

2. Inoffizieller Handel in den Börsenräumen. Bernstein 396. Zu den Börseneinrichtungen gehören nicht die Börsenräume. Man kann Börsenbesucher nicht verhindern, an der Börse miteinander Geschäfte in nicht zugelassenen Werten abzuschließen; soweit der wiederholte Abschluß derartiger Geschäfte zur tatsächlichen Folge die Bildung eines „Marktes" für einzelne nicht zugelassene Werte hat, besteht für den Börsenvorstand in der Regel keine Möglichkeit, grundsätzlich aber auch keine Pflicht, hiergegen einzuschreiten. Eine solche Verpflichtung dürfte vielmehr nur dann gegeben sein, wenn nach Lage des einzelnen Falles das Verhalten der Beteiligten eine Störung der Ordnung oder des Geschäftsverkehrs an der Börse mit sich bringt oder befürchten läßt (§ 8 BörsG.).

3. Zwangsregulierung inoffizieller Geschäfte durch Börsenmakler. Bernstein 398. Das Verbot der Vermittlung von Geschäften in nicht zugelassenen Werten durch Kursmakler erstreckt sich nicht auf Käufe und Verkäufe, die der Kursmakler gemäß § 34 BörsG. in der Funktion eines öffentlich ermächtigten Handelsmaklers vornimmt, also namentlich zum Zwecke der Zwangsregulierung. Auch die Vornahme solcher Käufe und Verkäufe in den Börsenräumen ist unbedenklich (vgl. oben Nr. 2).

4. Veröffentlichung von Preislisten über inoffizielle Geschäfte (vgl. JDR. **10** § 51 Nr. 2). Bernstein 399/400. Nach den beiden Entsch. des **RG.** (Straff.) 16. 9. 10, BankA. **10** 43 (JDR. **10** vor § 50 Nr. III) und 2. 5. 11, BankA. **11** 91 ist eine Veröffentlichung von Preislisten über Geschäfte in nicht zugelassenen Werten unter Berücksichtigung an der Börse vorgenommener Geschäfte zulässig unter der Bedingung, daß Geschäfte der letzteren Art der Liste nicht hauptsächlich, sondern nur vereinzelt zugrunde gelegt worden sind.

5. Markt- und Börsenpreis bei amtlich nicht notierten Werten. Bernstein 401 ff. Die Annahme der Marktgängigkeit nicht notierter Werte ist von dem Vorhandensein eines freien Verkehrs an einer oder mehreren Börsen abhängig. Wegen Sicherheitsbestellung vgl. § 54 Nr. 3.

6. Kommissionsgeschäft und Eigenhandel in amtlich nicht notierten Werten. Bernstein 408 ff.

7. Erfüllung und Verzugsfolgen beim Handel in nicht amtlich notierten Werten. Bernstein 417 ff.

§ 45. Literatur: Breit, Die Überwälzung des Risikos des Aktienbesitzes seitens der Aktionäre auf die Aktiengesellschaft, LeipzZ. **13** 337—347. — Dove, Zur Prospekthaftung in Festgabe für Rießer 1—17. Berlin 1913. — Hahn, Zur Frage der Anfechtbarkeit der Aktienzeichnung wegen Betrugs, BankA. **13** 70. — Veit Simon, Die Überwälzung des Risikos des Aktienbesitzes seitens der Aktionäre auf die Aktiengesellschaft, LeipzZ. **13** 11—22.

1. Prospekthaftung nach Zusammenlegung der Aktien. **RG.** JDR. **11** Nr. 2 a jetzt auch BankA. **12** 122.

2. Kausalzusammenhang. a) **RG.** JDR. **11** Nr. 3 a jetzt auch BankA. **12** 122. **b)** Dove führt aus, daß der vom **RG.** JDR. **11** § 45 Nr. 3 a geforderte konkrete Kausalzusammenhang (Beeinflussung des Einzelnen durch die Gesamtstimmung) nicht als Voraussetzung, sondern nur als gesetzgeberisches Motiv für die Aufstellung eines rein formal bedingten Ersatzanspruchs zu verwerten sei.

3. Grobes Verschulden. Nachprüfung der Handelsbücher. **RG.** JDR. **11** Nr. 4 b jetzt auch BankA. **12** 122.

4. Haftung einer Aktiengesellschaft für die von ihr ausgehenden Prospekte den Aktienkäufern gegenüber. Überwälzung des Risikos des Aktienbesitzes seitens der Aktionäre auf die Aktiengesellschaft (vgl. **RG.** JDR. **10** § 45 IV **1** a). a) Veit Simon, LeipzZ. **13** 11—22. Die Rechtsansicht, die der Entscheidung **RG.** 71 97 (JDR. **10** § 45 IV 1 a) zugrunde liegt, ist unhaltbar. Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus erschwert sie die Sanierung von Gesellschaften, da solche leicht verhindert wird, wenn mit der Möglichkeit zu rechnen ist, daß außer den Buchgläubigern noch eine unzählbare Menge von Aktionären Gläubigerrechte geltend macht. Zu den größten Überraschungen könnte der Standpunkt des RG. beim Konkurse der Gesellschaft führen, wenn hier der Unterschied zwischen Aktionär und Gläubiger verwischt wird. Rechtlich steht diesem Standpunkte § 213 HGB. entgegen, wonach dem Aktionär seine Einlage in keiner Form zurückgewährt werden dürfe. In der Wirkung auf Zurückgewähr der ganzen Einlage oder eines Teiles derselben kommt es aber hinaus, wenn man dem Aktionär aus der Kasse der Gesellschaft das gibt, was er selbst einem Dritten dafür gezahlt hat und wenn man es ihm deswegen gibt, weil er Aktionär geworden ist. Unlogisch ist es, wenn das RG. den Zeichner von Aktien und den späteren Erwerber von Aktien verschieden behandelt, völlig unhaltbar ist die Anwendung der Entscheidung des RG. bei dem Bezugsrecht auf junge Aktien und ganz besonders bei der Prospekthaftung. Der Zweck der gesetzlichen Einführung des Prospekts wird geradezu in sein Gegenteil verkehrt, wenn man die Gesellschaft verantwortlich macht. Der Emittent, an den das Börsengesetz gedacht hat, ist begrifflich ein anderer als die Gesellschaft, deren Wertpapiere an den Markt gebracht werden. — Die Bedeutung der in Betracht kommenden Gesetzgebung ist, daß sie das Vermögen der Aktiengesellschaft gegenüber den Aktionären hinter Schloß und Riegel hält. Das Risiko, das sie durch Übernahme der Aktien eingegangen sind, können sie auf jeden anderen überwälzen, nur nicht auf die Aktiengesellschaft. **b)** Hiergegen Breit, LeipzZ. **13** 337—347. Nach dem Wortlaute des § 45 ist die Aktiengesellschaft, deren Aktien „prospektiert“ werden, aus einem unrichtigen Prospekt haftbar. Simons

Beweisführung, daß diese Folgerung nicht gezogen werden darf, ist nicht anzuerkennen. Ohne Grund behauptet Simon, der Emittent sei begrifflich ein anderer als die Gesellschaft, deren Papiere prospektiert werden; im Gegenteil, eine Aktienbank, die ihr Grundkapital erhöht oder Obligationen ausgibt, ist gerade in erster Linie diejenige Bank, die nach § 45 und nach der Zulassungsverordnung als Emittentin in Betracht kommt. § 213 HGB., der nur die Rückforderung vollzogener Einlagen behandelt, schließt die Anwendung der allgemeinen Normen der §§ 119 ff. BGB. nicht aus. Die Konkurrenz von Aktionären und Gläubigern, welche im Konkurse der Gesellschaft vorkommen kann, ist kein Grund, um dem getäuschten Aktionäre die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Täuschung zu versagen. Ebensowenig kann die Erschwerung der Sanierung, so mißlich auch diese Konsequenz der Prospekthaftung ist, dazu führen, die Ersatzansprüche der getäuschten Aktionäre zu verneinen. — Im übrigen hat das RG. in der Entsch. **RG. 71** 97 keine neue Ansicht aufgestellt; schon in **RG. 46** 82 ist die Prospekthaftung der Aktiengesellschaft anerkannt worden. Neuerdings vgl. JW. **11** 771. **c)** Hahn, BankA. **13** 70. Es ist kein wirtschaftliches Bedürfnis für die Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung vorhanden. Die Bejahung der Anfechtbarkeit und der Prospekthaftung bedeutet keineswegs die Überwälzung des Risikos des Aktienbesitzes auf die Aktiengesellschaft bzw. deren Gläubiger. Nur das Risiko, daß das Kapital betrügerischerweise aufgebracht ist und daß der Prospekt unrichtig ist, haben die Gläubiger zu tragen. Dieses Risiko aber können und sollen sie tragen. Ihnen dasselbe abzunehmen, hieße der Aktiengesellschaft im Interesse ihrer Gläubiger das Privileg erteilen, sich durch Betrug und unrichtige Prospekte Kapital zu verschaffen.

IV. Börsenterminhandel.

Literatur: Bacharach, Der Bucketshop und seine Strafbarkeit, HoldheimsMSchr. **13** 124—133, 147—156. — Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1913. Bd. III 379—486. Anhang II. — Göppert, Zur Begriffsbestimmung des Börsentermingeschäfts, BankA. **12** 271—275. — Derselbe, Über das Börsentermingeschäft in Wertpapieren. Berlin 1914. (Vgl. hierzu die Kritiken von Nußbaum, GoldschmidtsZ. **75** 556 ff. und von Müller, BankA. **13** 202—206.) — Gysae, Der Bucketshop, DJZ. **13** 504—509 und „Die Bank" **13** 314—325. — Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts 751—776. 2. Aufl. 1912. — Müller, Zum Thema „Bucketshop", BankA. **12** 262. — Nußbaum, Die sog. Zwangsregulierung bei Börsengeschäften, GoldschmidtsZ. **74** 266—328. — Passow, Materialien für das wirtschaftswissenschaftliche Studium. Zweiter Band: Effektenbörsen. 1912. (Inhaltsangabe s. oben vor § 1 I.) Dritter Band: Warenbörsen. 1912. (Inhaltsangabe s. oben vor § 1 I.) — Schindler, Bucketshop und gewerbsmäßiges Glücksspiel, DJZ. **14** 931. — Schmidt, Liquidation und Prolongation im Effektenhandel. Eine systematische Darstellung ihrer Technik. Leipzig 1912. — v. Speyr, Börsen-Prämiengeschäfte als Versicherungsgeschäfte, BankA. **12** 372. — Stransky, Zur Frage der rechtlichen Natur der Börsenusancen, insbesondere vom Standpunkte des österreichischen Rechtes, GoldschmidtsZ. **75** 276—343. — Wille, Das System des Bucketshop. (Einzelwirtschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von F. Leitner, Heft 2.) Berlin 1914.

Literatur zum Warenterminhandel s. unten vor § 65.

Allgemeine Literatur s. oben vor § 1.

Vor **§ 50.** A. Börsengeschäfte im allgemeinen. I. Die Börsenusancen. 1. Ihre rechtliche Natur. *Stransky, GoldschmidtsZ. **75** 276—343. Eine einheitliche Würdigung der Börsenusancen ist abzulehnen, desgleichen ist es nicht angängig, die Börsenusancen einheitlich sowohl für den Börsen- als auch außerbörslichen Verkehr auf ihre rechtliche Natur hin zu untersuchen. — Im Hinblick auf den Börsenverkehr selbst sind einzelne Bestimmungen der Börsenusancen Ausdruck der Handelssitte an der Börse (Art. 279 AHGB.), andere stellen kodifiziertes Handelsgewohnheitsrecht der Börse dar, (Art. 1 AHGB.), die übrig bleibenden dürfen als Ausfluß einer der Börsenleitung teils gesetzlich (Art. 331 AHGB., bzw. §§ 10 und 16 ÖstBörsG.), teils handelsgewohn-

heitsrechtlich zustehenden Autonomie angesehen werden, welche Autonomie jedoch bloß praeter legem und contra legem dispositivam sein kann. — Für den außerbörslichen Verkehr kann gleichfalls ein Teil der Börsenusancen, soweit hier die tatsächliche Herrschaft der Börsenusancen reicht — sie kann sich jedoch mit rechtlicher Wirksamkeit bloß auf „Handelsgeschäfte" erstrecken — als Handelssitte, bzw. Handelsgewohnheitsrecht gewertet werden, wenn die ursprüngliche Börsensitte, bzw. Börsengewohnheit auch im Verkehr außerhalb der Börse als Handelssitte, bzw. Handelsgewohnheit durchgedrungen ist. Im übrigen befinden wir uns hier, soweit nicht die Anwendbarkeit der Börsenusancen durch tatsächliche Unterwerfung der Parteien unter sie vollkommen sichergestellt ist, vorläufig noch einem in der Entwicklung von der Handelssitte zur Handelsgewohnheit begriffenen Rechtszustande gegenüber, und zwar des Inhalts, daß die von der Börsenleitung kraft ihrer Autonomie erlassenen Regeln, die nicht lediglich die Feststellung einer auch im außerbörslichen Verkehre wirksamen Handelssitte, bzw. Handelsgewohnheit der Börse bezwecken, auch den Verkehr außerhalb der Börse in jenen Waren regeln, für welche Börsenusancen zusammengestellt sind — dies auch ohne die Voraussetzungen vertragsmäßiger Unterwerfung der Parteien unter die Börsenusancen. ➼ Auf S. 329, Z. 1 v. o. ist hinter: „Ermächtigung" einzuschalten: angesehen werden. ⟵

2. Stransky, Übersicht über die an den Börsen in Österreich und Ungarn bestehenden Usancen, GoldschmidtsZ. **75** 378—392.

3. Börsenusancen für den inoffiziellen Börsenhandel vgl. oben zu § 43.

II. Die Zwangsregulierung bei Börsengeschäften. 1. Begriff. Nußbaum, GoldschmidtsZ. **74** 266 f. Unter der Zwangsregulierung versteht man das Verfahren, durch welches bei Anschaffungsgeschäften über börsengängige Effekten oder Waren ein Teil beim Vorliegen bestimmter usancemäßiger Voraussetzungen einen an Stelle der Vertragserfüllung zu zahlenden Geldbetrag einseitig und bindend auf der Grundlage des Börsenpreises feststellt.

2. Ausführung. a) Nußbaum aaO. 268. Die Zwangsregulierung kann erfolgen sowohl durch effektive Ausführung (Zwangsverkauf oder Zwangseinkauf) als auch durch abstrakte Schadensregulierung auf der Grundlage des Börsenkurses, häufig irrtümlich Selbsteintritt genannt. b) Nußbaum aaO. 269. Die Zwangsregulierung gestaltet sich im einzelnen verschieden, je nachdem es sich um Börsengeschäfte im engeren oder im weiteren Sinne handelt. „Unter Börsengeschäften im engeren Sinne sind die unmittelbar im Börsenverkehre selbst (also im Börsenraume zur Börsenzeit unter Börsenbesuchern) auf der Grundlage der Börsenusancen abgeschlossenen Geschäfte zu verstehen, unter Börsengeschäften im weiteren Sinne auch die außerhalb des Börsenverkehrs nach den Börsenusancen abgeschlossenen Geschäfte. Es sind dies im wesentlichen die Geschäfte zwischen den Börsenbesuchern und ihren Kunden, zu denen außer dem Privatpublikum auch die Provinzbankiers und anderen Provinzkommissionäre gehören, sowie die Geschäfte zwischen den Provinzbankiers (Provinzkommissionären) und ihren Kunden im Lande. Während die Börsengeschäfte im engeren Sinne durchweg den Typus des Kaufes zeigen — auch die verschiedenen Arten der Prämiengeschäfte stellen sich als Kauf dar —, treten die anderen Börsengeschäfte, die wir vielleicht die Außengeschäfte der Börse nennen können, so gut wie immer in der Form der Kommission auf.

3. Rechtsquellen, insbesondere Usancen. Nußbaum aaO. 272 ff. Maßgebend für die rechtliche Beurteilung der Zwangsregulierung sind die hauptsächlich bestehenden Usancen, z. B. die Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse, im Warenterminhandel die durch die gesamten Interessentenvereinigungen und Liquidationskassen bestimmten Geschäftsbedingungen,

die Schlußscheinbedingungen gemäß § 67 BörsG. im börsenmäßigen Getreidezeithandel. Die Außengeschäfte der Börse unterstehen außerdem noch den Geschäftsbedingungen der Bankiers und den besonders getroffenen Vereinbarungen.

4. Die fünf Arten der Zwangsregulierung. Nußbaum aaO. 277. Zu unterscheiden sind 5 Fälle: a) wegen Lieferungs- oder Zahlungsverzugs, b) wegen Zahlungseinstellung, c) wegen Streites über den Abschluß des Geschäfts, d) wegen mangelnder Aufgabe, e) wegen mangelnder Beschaffung eines Einschusses oder Nachschusses.

5. Keine Stempelpflicht. Nußbaum aaO. 278. Die Zwangsregulierung stellt im Verhältnisse zu dem Säumigen in keinem Falle den Abschluß eines neuen Vertrags dar. Sie unterliegt daher auch nicht dem Stempel- und dem Schlußnotenzwange für Anschaffungsgeschäfte nach Tarifst. 4 des RStempG. vom 15. Juli 1909.

6. Anzeigepflicht. Nußbaum aaO. 278, 279. Der Exekutierende hat von einer vorgenommenen Zwangsregulierung den anderen Teil unverzüglich, namentlich vor der nächsten Börse, unter Angabe des Zwangsregulierungskurses zu benachrichtigen, widrigenfalls der andere Teil die Zwangsregulierung nicht gegen sich gelten zu lassen braucht.

7. Anwendbarkeit der §§ 400 ff. HGB. Nußbaum aaO. 282, 283. Die positiven Vorschriften über die Kursberechnung, wie sie in den §§ 400 ff. HGB. für die Ausführung einer Kommission durch Selbsteintritt aufgestellt werden, sind auf die Zwangsregulierung an sich nicht anwendbar, doch sind nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf den Zweck der Zwangsregulierung die §§ 401 Abs. 1 u. 2 und 403 analog anwendbar.

8. Zwangsregulierung wegen Lieferungs- und Zahlungsverzug. Nußbaum aaO. 293 ff. Bei Lieferungs- und Zahlungsverzug (letzterer bisweilen fälschlich Abnahmeverzug genannt) stehen dem anderen Teile a) wenn es sich um Kassengeschäfte handelt, drei Rechte zur Wahl: Der Rücktritt vom Vertrage, die Zwangsregulierung, und der Anspruch auf Erfüllung. Wer die Zwangsregulierung wählt, muß eine Nachfrist setzen, und die Zwangsregulierung unter Angabe des in Aussicht genommenen Zwangsregulierungstags androhen; b) bei Ultimogeschäften: α. Unter Börsenmitgliedern geschieht die Zwangsregulierung nach den Bestimmungen des Liquidationsvereins; β. Sind nicht beide Teile Mitglieder des Liquidationsvereins, so hat, wenn am letzten Werktag nicht geliefert wird, der nichtsäumige Teil nach Berliner und Frankfurter Usance die Wahl zwischen Erfüllung und Zwangsregulierung. Für letztere bedarf es hier weder einer vorgängigen Anzeige noch der Stellung einer Nachfrist, vielmehr ist sie ohne weiteres am nächsten Werktage nach dem Erfüllungstage vorzunehmen. Ist das Geschäft zum Ultimo durch die sogen. Abnahme der Effekten (Belastung des Kunden mit dem Kaufpreis und gleichzeitige Gutschrift auf Stückekonto wegen der Effekten) prolongiert worden, so ist dadurch keineswegs das Ultimogeschäft zum Kassageschäft geworden und ebensowenig liegt eine Erfüllungsannahme im Sinne von § 57 vor ➸ hierzu vgl. jedoch unten § 57 II, Red. ⬅; doch sind die Vorschriften über die Zwangsregulierung bei Kassageschäften entsprechend anzuwenden (also Nachfrist und Androhung). c) Besonderes gilt für den Warenterminhandel und für den Getreidezeithandel (§ 67 BörsG.).

9. Zwangsregulierung wegen Zahlungseinstellung. Nußbaum aaO. 297 ff. Die Zwangsregulierung wegen Zahlungseinstellung hat an dem Tage, an welchem der Vertragsgegner von der Zahlungseinstellung Kenntnis erhalten hat oder aber am nächstfolgenden Tage zu geschehen. Einer Androhung, Nachfristzwang, Andienung bedarf es hier nicht, selbst wenn das Geschäft

kein Fixgeschäft ist. Die Zwangsregulierung ist nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Vertragsgegners.

10. Zwangsregulierung wegen bestrittenen Abschlusses. a) Nußbaum aaO. 304 ff. Die Zwangsregulierung wegen bestrittenen Abschlusses ist nach den Usancen der Berliner und Hamburger Fondsbörse ausdrücklich zugelassen; für den Börsenaußenhandel — vgl. oben 2 b — folgt die Zulässigkeit aus dem Wesen des Kommissionsvertrags, doch ist sie auch hier nur ein Recht und keine Pflicht. Sie ist zulässig nicht nur beim Streite über die Tatfrage des Geschäftsabschlusses, sondern auch bei einem solchen über dessen Rechtswirksamkeit, nicht dagegen bei einem Streite über die Art der Berechnung des Geschäftsgegenstandes. Ein wichtiger Anwendungsfall ist die Erhebung des Termin- oder Differenzeinwandes, worin ein Bestreiten des Geschäfts liegt. **b)** Vgl. hierzu BankA. **14** 67 (KG.), wo das Recht des sofortigen Verkaufs ohne Androhung und Fristsetzung nach den Grundsätzen über positive Vertragsverletzungen gewährt wird.

11. Zwangsregulierung wegen Nichtbeschaffung der Aufgabe. Nußbaum aaO. 309. Im internen Börsenverkehr ist die Zwangsregulierung auch wegen Nichtbeschaffung der Aufgabe durch den hierzu verpflichteten Makler zulässig.

12. Zwangsregulierung wegen mangelnden Ein- oder Nachschusses. Nußbaum aaO. 311 ff. Die Zwangsregulierung wegen mangelnden Einschusses oder Nachschusses kommt, abgesehen vom Geschäftsverkehre der Liquidationskassen, tatsächlich nur bei Börsenaußengeschäften — vgl. oben 2 b — und zwar bei Kommissionsgeschäften vor. Ohne besondere vorherige Vereinbarung ist sie unzulässig. § 669 BGB. kann zur Begründung nicht herangezogen werden. Ein Handelsbrauch besteht nicht. Allerdings haben die Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin in einem Gutachten vom 22. Februar 1913 (Korresp. d. Ält. d. Kaufmannsch. **13** 103) begutachtet, daß ein solcher Handelsbrauch in der Entwicklung begriffen sei. Demnach ist zu erwarten, daß demnächst das Vorliegen des Handelsbrauchs bejaht werden wird, was aus rechtspolitischen Gründen zu bedauern wäre. Die Pflicht zur Verstärkung (Nachschuß) muß ebenfalls ausdrücklich bedungen werden. — Leistet der Kommittent einen mit Recht verlangten Ein- oder Nachschuß nicht, so ist der Kommissionär zur sofortigen Zwangsregulierung berechtigt, doch muß er zunächst eine angemessene Frist, gewöhnlich von 3 Tagen, setzen und die Zwangsregulierung unter Angabe des für sie in Aussicht genommenen Tages androhen. Die Vertragsbestimmung, daß der Bankier befugt sein soll, die Zwangsregulierung zu einem ihm geeignet erscheinenden Zeitpunkte vorzunehmen, gibt ihm nicht das Recht, seinerseits einen dem Kunden möglichst ungünstigen Zeitpunkt abzuwarten und sie entbindet ihn auch nicht von der Pflicht, dem Kunden die Zwangsregulierung vorher zu einem bestimmten Tage anzudrohen.

13. Die Folgen unwirksamer Zwangsregulierung. Nußbaum aaO. 323 ff. Hinsichtlich der Folgen unwirksamer Zwangsregulierung ist zu beachten, daß z. B. der Bankier, welcher eine — später als unwirksam festgestellte — Zwangsregulierung wegen mangelnder Deckung vorgenommen hat, alle Rechte aus dem Geschäfte verloren hat, wenn er im Vertrauen auf die Rechtswirksamkeit der Zwangsregulierung sowohl das rechtzeitige Erfüllungsverlangen wie die rechtzeitige Zwangsregulierung wegen Nichterfüllung versäumt hat. Dasselbe gilt für den Kunden, wenn er nicht rechtzeitig Verkaufsauftrag gegeben hat. Die Klage auf Erfüllung setzt den Kunden der Gefahr einer ungünstigen Kursbewegung im Laufe des Prozesses aus. Dagegen führt die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu sachgemäßen Ergebnissen, sofern sich der Kunde seine Rechte frist- und formgerecht gewahrt hat; zum Zwecke der Schadensermittlung ist dem Kaufpreise derjenige

Börsenpreis gegenüberzustellen, den die Effekten gehabt haben, als die Erfüllung vertragsgemäß hätte bewirkt werden müssen. Entsprechendes gilt wegen der Geschäfte der Warenbörse und der Fälle des § 67.

14. Zeitpunkt der Zwangsregulierung wegen Nichterfüllung bei Termingeschäften. a) Zwangsregulierung erst nach Verzugsbeginn. BankA. **13** 155 (Hamburg). Bei einem Börsentermingeschäft in Wertpapieren darf der Verkäufer grundsätzlich erst dann zur Zwangsregulierung schreiten, wenn er dem Käufer die Papiere am Lieferungstage vergeblich angeboten und ihn dadurch in Verzug gesetzt hat. b) BankA. **13** 241 (KG.). Bei Zeitgeschäften zwischen Bankier und Kunden nach Berliner Usancen darf, wenn nichts anderes vereinbart ist, die Zwangsregulierung wegen Nichterfüllung nicht vor dem dem Erfüllungstage nachfolgenden Börsentage vorgenommen werden. Eine am Liquidationstage (2 Tage vor Ultimo) vorgenommene Zwangsregulierung ist unwirksam (§ 19 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 4 Satz 1 der Bedingungen für die Geschäfte der Berliner Fondsbörse). c) Hierzu Nußbaum, BankA. **13** 241, 242. Zu warnen ist vor dem verbreiteten Irrtume, daß der sogen. Liquidationstag für die Zwangsregulierung maßgebend sei. Der Bankier darf mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung die Zwangsregulierung nicht schon im Laufe des Monats bewirken, sondern muß zunächst den Ultimo abwarten. Die Zwangsregulierung muß dann — da nach dem Liquidationstag ein Kurs für den Ultimo des laufenden Monats nicht mehr notiert wird — zum Einheitskurse, d. h. am Kassamarkte bewirkt werden (Berl. Bedingungen § 19 Abs. 5 Satz 1). Ist jedoch auf Grund besonderer Vereinbarung der Bankier berechtigt, während schwebenden Engagements von dem Kunden die Stellung eines Ein- oder Nachschusses zu verlangen, so kann mangels Leistung des Ein- oder Nachschusses die Zwangsregulierung schon vor dem Ultimo unverzüglich vorgenommen werden.

III. Schmidt, Liquidation und Prolongation im Effektenhandel, schildert die Technik der Liquidation und Prolongation bis in die wichtigsten Details. Berücksichtigt sind deutsche und außerdeutsche Börsen.

IV. Spiel- und Differenzeinwand vgl. oben zu den §§ 762—764 BGB., ferner unten §§ 58 Nr. 4, 68 BörsG.

B. Börsentermingeschäfte. I. Der Begriff des Börsentermingeschäfts. 1. Im allgemeinen. a) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch (2) III 384 ff. Anhang II Anm. 7. Ein in Verbindung mit der Börse stehender Zeithandel ist dann ein Börsenterminhandel im Sinne des BörsG., wenn er seiner ganzen Organisation nach sich dergestalt in typenmäßigen Formen abspielt, daß er die spezifischen Gefahren des börsenmäßigen Terminhandels, gegen die das Gesetz reagieren soll, auszulösen geeignet ist. Der Fixcharakter ist kein wesentliches Merkmal. Nur soviel ist richtig, daß regelmäßig der Börsenterminhandel Fixcharakter aufweist und daß allerdings die Vermutung dafür spricht, daß nicht fixabgeschlossene Geschäfte keine Börsentermingeschäfte im Sinne des Gesetzes sind. b) Göppert, BankA. **12** 271—275. Es gibt keinen (juristischen) Begriff des Börsentermingeschäfts, keine Geschäftsform, die begrifflich Börsentermingeschäft ist, sondern nur die Funktion einer Geschäftsform als Börsentermingeschäft. Dieselben Geschäftsbedingungen können unter den Verhältnissen des einen Marktes, kraft des Vorhandenseins eines Terminmarktes und der Zugehörigkeit der nach den Bedingungen abgeschlossenen Geschäfte zu dem Terminmarkt einem Börsenterminhandel, unter den Verhältnissen des anderen Verkehrs nur individuellen Gelegenheitsgeschäften dienen. Streng zu scheiden sind aus wirtschaftlichen Gründen die beiden Gruppen der Börsentermingeschäfte in Wertpapieren und in Waren, wie auch § 54 sich auf Wertpapiergeschäfte beschränkt. Es ist nicht richtig, für die Bestimmung des Börsentermingeschäfts in erster Linie die

Rechtsprechung des RG. zugrunde zu legen. Die Praxis soll — auch nach der Begründung des Gesetzes — frei den wechselnden Formen des Handels folgen. Insbesondere ist es unrichtig, den Fixcharakter als wesentliches Merkmal des Börsentermingeschäfts anzusehen. c) Ebenso Göppert, Über das Börsentermingeschäft in Wertpapieren 46 ff. d) Hiergegen Nußbaum, GoldschmidtsZ. **75** 558.

2. Börsentermingeschäft in Waren. HansGZ. **14** Hptbl. 61, ZAktWes. **14** 21 (Hamburg). Kauf von 1500 Sack (3 × 500) Rübenrohzucker, Preis per 50 kg, Lieferungstermin per Januar/März, in Gemäßheit des Regulativs der Waren-Liquidationskasse in Hamburg und der vom Vereine der am Zuckerhandel beteiligten Firmen festgestellten Bedingungen, mit einer Margenklausel als Börsentermingeschäft. Die geleisteten Zahlungen als Sicherheitsleistungen, nicht zur vorzeitigen Befriedigung im Sinne des § 55.

II. Vorteile und Nachteile des Terminhandels in Wertpapieren. Göppert, Über das Börsentermingeschäft in Wertpapieren 57 ff. Die Vorteile des Terminhandels in Wertpapieren bestehen im wesentlichen darin, daß der Terminhandel vor dem Abrechnungstage weder Stücke noch bares Geld in Anspruch nimmt, ersteres ist besonders wichtig für die wirtschaftlich durchaus berechtigte Baisse-Spekulation. Ein weiterer Vorteil ist die Schonung des Geldmarktes; ferner besitzt der Terminhandel für die Preisbildung im spekulativen Geschäft eine natürliche Überlegenheit über den Kassahandel, einmal durch seinen Gegenstand, die Papiere, von denen große Kapitalien im Umlaufe sind, und unter den besonderen Berliner Verhältnissen durch den Handel nach variablen Kursen; er ist daher den bloßen Zufälligkeiten nicht so ausgesetzt wie der Handel nach dem Einheitskurse, sobald in ihm ein größeres spekulatives Geschäft zu bewältigen ist. Diesen Vorzügen entsprechen als ihren Kehrseiten die Nachteile des Terminhandels in Wertpapieren (insbesondere Corner oder Schwänze). Diese Nachteile können nur dann vermieden werden, wenn Mäßigung in der Ausnutzung der Vorteile des Terminhandels waltet. Mit Recht hat daher das Börsengesetz dem Terminhandel in Wertpapieren nicht volle Freiheit gewährt. Ebenso zutreffend sind die Gründe, aus denen das Gesetz den Terminhandel in Wertpapieren hinsichtlich der Beteiligung des Publikums günstiger behandelt hat, als den Terminhandel in Waren.

III. Terminhandel in Waren und Terminhandel in Wertpapieren. Göppert 24 ff. Das Börsentermingeschäft in Waren und das Börsentermingeschäft in Wertpapieren sind rechtlich und wirtschaftlich verschieden. Das Börsentermingeschäft in Waren ist aus den Bedürfnissen des Effektivhandels hervorgegangen, sei es des Großhandels, sei es des Verarbeiters oder auch des Erzeugers, nicht zu spekulieren, sondern das Effektivgeschäft auf eine sichere rechnungsmäßige Grundlage zu stellen. Das Börsentermingeschäft in Wertpapieren ist aus den Bedürfnissen der Spekulation hervorgegangen. Jede umfangreiche Spekulation braucht Kredit. Die Hausse-Partei, die eine von ihr erwartete Kurssteigerung ausnutzen will, bedarf des Geldkredits; die Baisse-Partei, die an einer erhofften Kurssenkung verdienen will, bedarf des Stückekredits, d. h. der leihweisen Überlassung von Wertpapieren. Das Börsentermingeschäft in Wertpapieren erfüllt eine börsentechnische Funktion; seine Verwendung für die Zwecke der Spekulation an Stelle des Kassageschäfts bedeutet die Ersetzung des Kredits von dritter Seite durch gegenseitige Kreditgewährung bis zu dem vereinbarten Lieferungstage.

IV. Offizielle oder inoffizielle Börsentermingeschäfte? Vgl. unten § 58 Nr. 1.

V. Die Unwirksamkeit des Börsentermingeschäfts. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 65 u. 215. Der Auftrag zum Abschluß eines unwirksamen Börsentermingeschäfts läßt sich nicht in der Weise in zwei Aufträge

zerlegen, daß der Auftrag zum Abschlusse des Geschäfts unwirksam ist, der Auftrag zur Abnahme der Papiere und zur Bezahlung des Kaufpreises an den Verkäufer aber gültig ist (vgl. bereits JDR. **11** § 55 Nr. 1).

2. Vergleiche s. unten § 55 Nr. III.

3. Inanspruchnahme des Terminschuldners, der mit Erfolg den Differenzeinwand erhoben hat, aus unerlaubter Handlung. HansGZ. **14** Hptbl. 229 (Hamburg). Die bloße Geltendmachung der gesetzlichen Bestimmungen ist an sich niemals eine sittenwidrige Handlung im Rechtssinne; die unerlaubte Handlung muß darin bestehen, daß der Terminsschuldner den anderen Teil durch arglistiges oder sonstwie gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten zur Einleitung oder Fortsetzung einer Geschäftsverbindung bestimmt hat, welche diesem unter den gegebenen Umständen Schaden bringen mußte. (Wird aus tatsächlichen Gründen verneint.)

VI. Prozessuales. Klagänderung? **RG.** BankA. **13** 259. Die Behauptung des auf negative Feststellung klagenden Klägers, er sei unter Ausbeutung seiner Unerfahrenheit in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zum Börsenspiele verleitet worden, ist gegenüber der Klagebegründung, die Geschäfte seien als Börsentermingeschäfte oder Differenzgeschäfte unwirksam, keine mangels Einwilligung des Beklagten nach § 527 ZPO. unzulässige Klagänderung. Das Vorbringen des Klägers enthält keine neue Begründung der negativen Feststellungsklage, sondern eine anderweite Verteidigung gegen die mit dieser Klage abzuwehrenden Ansprüche des Beklagten (**RG. 72** 143), es hätte also auch ohne Einwilligung des Beklagten berücksichtigt werden müssen.

VII. Kriegsrechtliches. 1. Gesetz, betreffend die Abwicklung von börsenmäßigen Zeitgeschäften, vom 4. August 1914 (RGBl. 336).

2. Bekanntmachung ,betreffend die Abwicklung von börsenmäßigen Zeitgeschäften, in Waren, vom 24. August 1914 (RGBl. 381).

3. Hierzu Hachenburg, Die Börsentermingeschäfte und der Krieg, LeipzZ. **14** 1829—1834. Der Grundgedanke des Gesetzes vom 4. August 1914 ist eine Lösung vor dem Ende der bedungenen Lieferungsfrist. Die Geschäfte werden nicht einfach annulliert, da eine solche Kraftloserklärung bedenklich wäre; wohl aber hat man die Geschäfte dadurch erledigt, daß man die Abrechnung auf einen durch die bundesrätliche VO. festgesetzten Stichtag angeordnet hat. — Das Gesetz bezieht sich nicht auf die Börsentermingeschäfte in Waren, die verboten sind, bei denen nicht die ausdrückliche Zulassung zum Börsenterminhandel durch den Börsenvorstand nach den Bestimmungen der BörsO. erfolgt ist und auch nicht auf die, bei denen die erfolgte Zulassung wieder zurückgenommen ist.

4. Hollaender, JW. **15** 367. Makler, Kommissionär und Agent können ihre Provision auch bei Abwicklung der Geschäfte auf Grund des Gesetzes vom 4. August 1914 verlangen.

C. Berliner Kupferterminhandel. „Abteilung Metallbörse" an der Berliner Börse, GoldschmidtsZ. **75** 353—378 (Geschäftsordnung des Börsenvorstandes, Satzungen des Vereins der Interessenten der Metallbörse, Bedingungen des Schlußscheins für Zeitgeschäfte in Kupfer, Schiedsgerichtsordnung usw.).

D. Das Prämiengeschäft. 1. v. Speyr, BankA. **12** 372, legt an Beispielen dar, daß einem Börsen-Prämiengeschäfte durchaus nicht, wie vielfach angenommen wird, notwendigerweise ein Spiel zugrunde liegt. Es dient vielmehr vielfach dazu, wesentliche Kapitalverluste zu vermeiden und ist daher wirtschaftlich ein Versicherungsgeschäft.

2. Haftung aus § 826 BGB. HoldheimsMSchr. **13** 15 (KG.). Der Beklagte hat die mit dem Kläger abgeschlossenen Prämiengeschäfte in sich gemacht und sich wegen derselben weder an der Börse noch anderswo eingedeckt.

Daraus ergibt sich, daß der Beklagte der Gegenspieler des Klägers war und ihm Geschäfte vorschlug, die, wenn der Zweck des Beklagten, dabei zu verdienen, in Erfüllung gehen sollte, notwendigerweise zum Schaden des Klägers ausschlagen und diesem Verluste verursachen mußten.

E. Bucketshop. I. Allgemeines. 1. Wille, Das System des Bucketshop, schildert auf Grund des durch die bekannten Strafprozesse bekannt gewordenen Materials den Geschäftsbetrieb der Bucketshops in ausführlichster Darstellung und mit Wiedergabe aktenmäßiger Feststellungen und charakteristischer Berechnungen, jedoch ohne neue Gesichtspunkte. — Über den Namenbucketshop vgl. BankA. **13** 124.

2. Gysae, DJZ. **13** 504—509 und „Die Bank" **13** 314—325. Der Bucketshop ist kein Bankier, sondern ein Scheinbankier und ein Betrüger. Das entscheidende Trennungsmerkmal beider ist die Ausführung der Aufträge. Der Bankier führt sie an der Börse aus, sei es selbst oder durch an der Börse zugelassene Vermittler, indem er so den Gegenkontrahenten des Kunden sucht und findet. Dadurch ist er unabhängig von den finanziellen Erfolgen der Spekulation des Kunden, erlangt seinen Erwerb in erster Reihe durch die Provision und kann der Vertrauensmann des Kunden sein. Meist ist er nur Kommissionär, dem nach § 400 HGB. der Selbsteintritt und, soweit dessen Voraussetzung, der amtlich ermittelte Börsenpreis — z. B. bei den Prämiengeschäften und bei unnotierten Werten — fehlt, das Eigenhandeln freigestellt ist. Diese Befugnis entbindet ihn von der Verpflichtung zur Bekanntgabe, wie er den Auftrag ausführt, nicht aber davon, daß er ihn ausführt. Der Bucketshop dagegen führt die Aufträge überhaupt nicht aus, sondern macht sie systematisch in sich. Er hat es allein auf die Erlangung der Einzahlungen ohne den Willen der vertraglichen Gegenleistung abgesehen. Einen Gewinn hat er nur durch Verluste des Kunden. Zum tatsächlichen Nachweise des mangelnden Zahlungswillens bedarf es im einzelnen Falle der Aufdeckung des gesamten Geschäftsbetriebs. Der Bucketshop ist daher wegen Betrugs und gemäß § 94 BörsG. strafbar, nicht jedoch gemäß § 95, da er nicht Kommissionär ist, sondern gerade dies nur vortäuscht.

3. Müller, BankA. **12** 262, betont gegenüber Gysae, daß nicht nur der Eigenhändler, sondern auch der Kommissionär von der Verpflichtung, den Auftrag durch Gegengeschäft mit einem Dritten auszuführen, entbunden ist. Auf dieses Recht, gegebenenfalls ein Kommissionsgeschäft in sich zu machen, kann der kommissionsmäßige Bankverkehr nicht verzichten; es gibt viele Fälle, wo dies möglich ist, ohne daß hierdurch die Interessen des Kommittenten irgendwie verletzt werden oder ihm gegenüber hierdurch eine Täuschung hervorgerufen wird. Der Unterschied zum Bucketshop ist nur der, daß, was für den kapitalkräftigen Bankier hin und wieder angewandt, durchaus einwandfrei ist, für den kapitalschwachen oder gar kapitallosen, wenn es systematisch betrieben wird, zum Verbrechen wird.

II. Anfechtung wegen Betrugs. DJZ. **13** 925 (KG.). Anfechtung wegen Betrugs, da der Bankier seine Gepflogenheit, Deckungsgeschäfte regelmäßig nicht vorzunehmen, verschwiegen hat. — Vgl. oben D 2 über § 826 BGB.

III. Die Strafbarkeit des Bucketshop. 1. **RG.** (Strafs.) BankA. **12** 214 ff., SächsRpflA. **13** 445 ff. Die Bestrafung wegen Betrugs beruht darauf, daß der Angeklagte keinen einzigen der ihm erteilten Aufträge ausgeführt, keine Deckungsgeschäfte vorgenommen und, von zwei Ausnahmen abgesehen, niemals einen Gewinn herausgezahlt hat. Zwangsvollstreckungen gegenüber war er mittellos und unpfändbar. Er hat es bei dem Betriebe seines Geschäfts nur auf die Anzahlungen der Kunden abgesehen gehabt, ohne die Absicht, ihnen dafür die gebührende Gegenleistung zu bieten. Die Kunden hat er in den falschen Glauben versetzt, sie hätten es mit einem ernsthaften Bankier zu tun, der den übernommenen Vertragspflichten entsprechend die Kaufaufträge ausführen und, wenn sich aus der Abwick-

lung des Geschäfts für ihn eine Schuld ergab, sie erfüllen werde. Da eine solche Absicht auf seiner Seite nicht bestand, hat er sich den Kunden gegenüber schon insoweit einer Vorspiegelung falscher Tatsachen schuldig gemacht. Ob die Ratschläge, die er seinen Kunden gab und auf Grund deren sie sich zu den Geschäften entschlossen, der Börsenlage zu damaliger Zeit entsprochen haben, so daß jedes andere „reelle" Bankgeschäft ihnen die gleichen Ratschläge erteilt haben würde, ist gleichgültig. Die Vermögensbeschädigung der Kunden liegt in der Vorauszahlung der Vorprämie, ohne dafür eine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung zu erwerben. Bereits mit dieser Hingabe ist die Schädigung eingetreten; welchen Ausgang die Spekulationsgeschäfte für die Beteiligten schließlich genommen haben, ob sie am Stichtage mit einem Gewinne oder Verluste geendet haben, ist gleichgültig.

2. Bacharach, HoldheimsMSchr. **13** 124—133, 147—156, erörtert die Strafbarkeit des Bucketshop.

3. Bucketshop und gewerbsmäßiges Glücksspiel. Schindler, DJZ. **14** 931. Nach § 284 StGB. ist der Bucketshop nicht strafbar. Ein Spielvertrag, ohne den gewerbsmäßiges Glücksspiel nicht denkbar ist, kommt zwischen Bucketshop und Kunden nicht zustande, da ersterer gerade darauf bedacht ist, seine Kunden nicht merken zu lassen, daß er mit ihnen spielt. Hierdurch unterscheidet sich der Bucketshop wesentlich vom Buchmacher.

4. Vgl. ferner unten §§ 94 und 95.

§ 50. 1. Abs. 1. HansGZ. **14** Hptbl. 253 (Hamburg). Die Zulassung und die Festsetzung der Geschäftsbedingungen kann auch durch den Vorstand einer besonderen Abteilung der Börse wirksam erfolgen.

2. HansGZ. **14** Hptbl. 253 (Hamburg). Zucker, Kaffee und Kupfer sind in Hamburg zum Terminhandel rechtsgültig zugelassen.

3. Abs. 2. BankA. **13** 342, HansGZ. **14** Hptbl. 162 (Hamburg). Das Gesetz verlangt nur eine Festsetzung der Geschäftsbedingungen, keine besondere Veröffentlichung, insbesondere keine Veröffentlichung des Wortlauts. Es entspricht dem Gesetze, wenn bei der Festsetzung die Bedingungen in einer Weise kenntlich gemacht werden, daß die beteiligten Kreise die Möglichkeit haben, sich selbst den Inhalt der Bedingungen im einzelnen zu verschaffen.

§ 51. Inoffizieller Börsenhandel. Vgl. oben zu § 43.

§ 52. Die Unwirksamkeit des Börsentermingeschäfts s. oben vor § 50 BV.

§ 53. Abs. 1 Satz 2. Literatur: Neukamp, Die Börsentermingeschäftsfähigkeit der Handwerker, BankA. **13** 53—57.

I. Kleingewerbe. 1. Konditor. BankA. **12** 125, HansGZ. **13** Hptbl. 4 (Hamburg). Ein Gewerbebetrieb geht über den Umfang des Kleingewerbes dann nicht hinaus, wenn er wegen seiner Art und seines Umfangs einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Der Umfang des Geschäfts, der Jahresumsatz, allein entscheidet nicht. (Ein Konditor, welcher in einem und demselben Hause Ladengeschäft, „Fabrik" und Wohnung hatte, keine Gehilfen beschäftigte, wurde trotz eines Jahresumsatzes von 23 000—25 000 M. für nicht termingeschäftsfähig angesehen.)

2. Weinhändler. HansGZ. **14** Hptbl. 80 (Hamburg). Kein Kleingewerbe, wenn Umfang und Art des Unternehmens einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (§§ 4, 2 HGB.). Im vorliegenden Falle wurde der Kleingewerbebetrieb verneint, da der Umsatz des betr. Unternehmers (eines Weinhändlers) pro Jahr 120 000 Liter betrug, der Ein- und Verkauf nur waggonweise, letzterer fast ausschließlich nur an Grossisten erfolgte, 200 Waggons auf Lager gehalten werden konnten und der Beklagte selbst sich nach außen hin stets als Vollkaufmann geriert und bezeichnet hat (Briefbogen, Telegrammadresse usw.).

3. Handwerker. a) Neukamp, BankA. **13** 53—57. Handwerker sind an sich nicht börsentermingeschäftsfähig, da sie nach § 4 HGB. niemals in das Handelsregister eingetragen werden sollen und diese Eintragung unter allen Umständen die notwendige Voraussetzung für die Börsentermingeschäftsfähigkeit von Privatpersonen bildet (§ 53 Abs. 1 Satz 1). Sind dagegen Handwerker versehentlich in das Handelsregister eingetragen, so ist zu unterscheiden: ist der Handwerker Kleingewerbetreibender, so besitzt er trotz der Eintragung die Börsentermingeschäftsfähigkeit nicht; ist er aber Großhandwerker, so daß sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, so hat er durch die Eintragung die Börsentermingeschäftsfähigkeit erlangt. — Die Eintragung in das Handelsregister ist für das Prozeßgericht demnach nicht maßgebend, dies hat vielmehr selbständig zu prüfen und zu entscheiden, ob der Betrieb des Eingetragenen die Merkmale des Groß- oder des Kleinbetriebs aufweist. Zur Vermeidung der Schwierigkeiten, welche sich aus der hiernach vorhandenen Unsicherheit ergeben, empfiehlt Verf. den Landesregierungen, gemäß § 4 Abs. 3 HGB. eine Abgrenzung des Klein- und Großbetriebs nach bestimmten äußeren Merkmalen zu regeln. Dies hat bisher nur Schwarzburg-Rudolstadt getan. **b)** BankA. **12** 125, HansGZ. **13** Hptbl. 4 (Hamburg). Auch Handwerker können unter die Ausnahmevorschrift des § 53 Abs. 1 Satz 2 fallen. Daß das Gesetz die Handwerker habe ausnehmen wollen, ist nicht erkennbar. Demnach ist ein Handwerker trotz Eintragung im Handelsregister nicht börsentermingeschäftsfähig, wenn sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht.

II. Handelsgesellschaften. BankA. **13** 259 (Düsseldorf). Auf eingetragene Handelsgesellschaften und deren Gesellschafter findet die Ausnahmebestimmung des § 53 Abs. 1 Satz 2 keine Anwendung.

§ 54. Literatur: Bauer, Die Depotstellung im ausländischen Börsentermingeschäfte, DJZ. **14** 934. — Nußbaum, Neue Fragen aus der börsenrechtlichen Praxis, BankA. **13** 115 ff.

1. Keine Sicherheitsleistung mit einer von der Bank zu diesem Zwecke geliehenen Geldsumme. OLG. **27** 413, BankA. **13** 137 (Hamm). Eine wirksame Sicherheit für unklagbare Börsentermingeschäfte kann nicht mit einer Geldsumme bestellt werden, die der Kunde sich erst zu diesem Zwecke von der Bank geliehen hat. Die Ernstlichkeit der Rechtshandlungen unterstellt (Hingabe des Darlehnsbetrags und Einzahlung derselben Geldstücke als Sicherheit standen in unmittelbarer Aufeinanderfolge), so erhellt doch als Absicht der Parteien, die Möglichkeit zu schaffen, daß die Bank wegen etwaiger Verluste des Kunden aus den beabsichtigten Börsentermingeschäften gesichert sei. Deshalb sollte sie sich dieserhalb aus dem von ihr selbst hergegebenen und sofort zurückempfangenen Gelde decken, sich aber wegen ihrer Darlehnsforderung an das sonstige Vermögen des für sie kreditwürdigen Kunden halten. Im Ergebnisse lief also — und zwar beabsichtigt — das ganze Verfahren nur darauf hinaus, für den Kunden, der aus seinem Vermögen keine Sicherheit zu leisten vermochte, doch eine rechtliche Verpflichtung zu schaffen und dieser lediglich seinen Kredit als Deckungsunterlage zu geben. Das bedeutet nichts anderes als die Absicht, die zwingende Gesetzesvorschrift zu umgehen.

2. Keine Sicherheitsleistung mit den Mänteln ohne die Bogen. Nußbaum, BankA. **13** 116. Eine Sicherheitsleistung mit den bloßen Effektenmänteln ohne die Zinsbogen und Erneuerungsschein ist wirkungslos.

3. Sicherheitsleistung mit amtlich nicht notierten Werten? Bernstein, Vom Rechte der amtlich nicht notierten Werte in Festgabe für Rießer 407/8. Amtlich nicht notierte Werte sind zur Sicherheitsbestellung nicht geeignet, solange sie nur ausschließlich zwischen Kontor und Kontor, ohne das Zentrum eines inoffiziellen Börsenverkehrs gehandelt werden. Von diesem Stand-

punkt aus ist daran festzuhalten, daß § 54 als Sicherheit börsengängige Effekten voraussetzt, solange nicht eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse die Annahme eines Marktpreises für unnotierte Werte auch ohne Börsengängigkeit gestattet. Vgl. § 43 Nr. 5.

4. BankA. **13** 13 (LG. I Berlin). Die in der vertragsmäßigen Übertragung eines Debetsaldos vom Terminkonto auf das ordentliche Konto liegende Begründung einer neuen Verbindlichkeit für eine unklagbare Terminschuld ist rechtswirksam, wenn sie als Gegenleistung dafür erfolgt, daß die Bank ihr Recht an der nach § 54 bestellten Sicherheit aufgibt.

5. Zustimmung des Ehemanns. Nußbaum, BankA. **13** 115 I. Es ist nicht erforderlich, daß beim gesetzlichen Güterstande der Ehemann seine Zustimmung zu einer Sicherheitsleistung, die seitens seiner Ehefrau gegenüber einem Bankier gemäß § 54 zur Deckung ihrer Verluste aus Börsentermingeschäften bewirkt worden ist, gleichfalls in der Form des § 54 erklärt (§§ 1395, 1396, 182 Abs. 2 BGB.).

6. Verkauf der hinterlegten Effekten. Haftung des Erlöses. Nußbaum, BankA. **13** 115—116 II. Verkauft der Bankier im Auftrage des Kunden die gemäß § 54 zur Sicherheit gestellten Effekten, so tritt der Verkaufserlös nicht ohne weiteres in die Pfandhaftung ein, sondern nur, wenn der Kunde bezüglich des zu erwartenden Höchstbetrags des Erlöses eine neue Erklärung in der Form des § 54 ausstellt. Bei dem einseitigen Pfandverkaufe zwecks Befriedigung gemäß §§ 1233 ff. BGB. ist dies nicht nötig. — Verkauf während bestehenden Kontokorrentverhältnisses oder während schwebenden Engagements ist kein Zwangsverkauf; anders aber, wenn die Effekten zur Ausgleichung der durch Glattstellung (Gegengeschäft oder Zwangsregulierung) oder Reportierung entstandenen Differenz verkauft werden.

7. Sicherheitsleistung für ausländische Termingeschäfte. Bauer, DJZ. **14** 934. Im Gegensatze zu der deutschen Rechtsprechung — **RG.** 4. 6. 12, vgl. unten § 58 Nr. 2 a — versagt die englische Praxis den Differenzeinwand stets, insoweit durch Hingabe eines Depots vom Kunden Sicherheit geleistet wurde. Ein Deutscher, der einer englischen Bank zur Sicherheitsleistung für seine Terminengagements Depots in englischen Wertpapieren gegeben hat, muß daher, um den ihm nach deutschem Rechte zustehenden Differenzeinwand und Anspruch auf Rückgabe des Depots erfolgreich geltend machen zu können, gegen die ausländische Bank an dem deutschen Orte klagen, an dem sie irgendein inländisches Guthaben besitzt (§ 23 ZPO.).

8. Keine Haftung der für inoffizielle Börsentermingeschäfte in Waren bestellten Sicherheiten, wenn der Einwand aus § 764 BGB. durchgreift. Vgl. § 58 Nr. 3.

§ 55. I. Sicherheitsleistung oder definitive Vorauszahlung? 1. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch (2) III 437 f. Anhang II Anm. 111. Es geht nicht an, mit Nußbaum 275 und **RG.** BankA. **9** 27 die Entscheidung danach zu treffen, ob der Einschuß nach dem Willen des Kunden bloße Sicherung oder antizipierte Vorauszahlung sein soll. Tatsächlich ist der Einschuß stets Sicherung, gleichgültig, welche Worte die Kontrahenten gebrauchen.

2. Sicherheitsleistung, nicht Zahlung zur vorzeitigen Befriedigung bei einem Hamburger Börsentermingeschäft in Rüben-Rohzucker, vgl. oben vor § 50 B I 2.

3. Einschüsse im Kontokorrent. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch (2) III 438 f. Anhang II Anm. 112. Der Bestand eines Kontokorrentverhältnisses schließt die Leistung einer Zahlung mit bestimmtem Tilgungseffekt nicht aus. Sind die Parteien darüber einverstanden, daß eine bestimmte Zah-

lung zur Tilgung einer bestimmten in das Kontokorrent aufgenommenen Forderung dienen soll, so ist die Zahlung nicht bloßer Verrechnungsposten, sondern gegebenenfalls auf die konkrete Spekulation zu verrechnen, mag die Anschaffung auch dem Kunden im Kontokorrent gutgeschrieben sein.

II. Kann die im voraus von einem Termingeschäftsunfähigen geleistete Prämie zurückgefordert werden? a) **RG.** JDR. **11** Nr. 3 a s. auch **RG. 79** 406. b) Ebenso Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch (2) III 439 Anhang II Anm. 113.

III. Vergleich. R. **14** Nr. 1616 (Stuttgart). Ein Vergleich über unverbindliche Terminschulden (§§ 762, 764 BGB., § 55 BörsG.) ist wirksam, wenn gerade über die Klagbarkeit dieser Schulden Streit bestand und dieser Streit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt worden ist (**RG. 49** 192, WürttJ. **13** 289, Nußbaum, Komm. z. BörsG. Vorbem. zum Abschn. IV Abs. 44 und zu § 55 Ziff. VI).

IV. Vertragsmäßige Aufrechnung. LeipzZ. **14** 1920 (Dresden). Durch die vertragsmäßige Aufrechnung zwischen dem Anspruch auf Rückzahlung der Sicherheit und den Forderungen der Bank aus den Börsentermingeschäften verwandelt sich die kondizierbare Sicherheitsleistung in eine nicht kondizierbare Leistung im Sinne von § 55.

§ 57. I. Grundgedanke des § 57. **RG.** II. 22. 4. 13, **82** 175 ff., JW. **13** 745, BankA. **12** 298. Wer die vereinbarte Leistung des anderen als Erfüllung annimmt, soll eben deshalb auch seinerseits erfüllen müssen; hat er bis zum letzten Augenblicke von der Möglichkeit, sich vom Geschäfte loszusagen, keinen Gebrauch gemacht, so soll er es — das erfordert die Rücksicht auf die Solidität im Verkehr — auch fernerhin nicht tun dürfen. Tut er es dennoch, so hält ihm das Gesetz entgegen, er habe sich nicht leisten lassen dürfen, ohne selbst zur Leistung bereit zu sein. (Deshalb ist es auch natürlicher, den Kunden darauf zu verweisen, daß er seinerseits sich mit der Erfüllung der Bank einverstanden erklärt habe, als mit dem Berufungsrichter darauf, daß er zu 95,32 pCt. gezahlt und die Bank ihrerseits diese Zahlung entgegengenommen habe, vgl. unten II 7.)

II. Bewirkung der Leistung. 1. Vereinbarte Leistung. Typische Leistung? Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch (2) III 447 f. Anhang II Anm. 130. Es genügt jede Leistung, nur muß es eine wirkliche Leistung und nicht ein nach § 59 unverbindliches Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis sein. Unrichtig behauptet Nußbaum (JDR. **11** § 57 Nr. 1), vereinbart im Sinne des § 57 sei lediglich die durch das Termingeschäft selbst vereinbarte typische Leistung. ➡ Vgl. auch unten Nr. 3 a. Red. ⬅

2. Gutschrift auf Stückekonto. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch (2) III 448 Anhang II Anm. 130. Beschränkt sich die Bedeutung der Stückegutschrift auf die Eingehung einer neuen Verbindlichkeit (der Verpflichtung, eine gewisse Anzahl von Stücken als Gattungsschuldner zu liefern), so liegt ein nach § 59 unverbindliches Schuldanerkenntnis vor und demnach keine wirkliche Leistung. Dieser Fall ist gegeben, wenn die Gutschrift auf Stückekonto sich nicht als die Erledigung des Engagements darstellt, sondern nur als ein Abschnitt im Verlaufe der Spekulation; letzteres ist der Fall, wenn die Effekten bei steigenden Kursen wieder veräußert werden sollen. Daher falsch **RG. 76** 81. Ganz anders aber, wenn erweisbar der Wille der Parteien darauf gerichtet ist, daß der Kommissionsvertrag in der Begründung eines irregulären Depotvertrags seine Erledigung finden soll.

3. Insbesondere Bewirkung der der Bank obliegenden Leistung beim Ankaufe von Wertpapieren. a) **RG. 82** 175 ff., BankA. **12** 298. Die Bank hat die vereinbarte Leistung bewirkt, wenn sie die Wertpapiere für den Kunden tatsächlich an sich genommen hat in der Absicht, ihm mittel-

baren Besitz und Eigentum daran zu verschaffen, und sie die Übergabe nach Maßgabe des § 930 BGB. ersetzt hat. Vereinbart war nach den vom Kunden genehmigten Geschäftsbedingungen der Bank Verschaffung des Eigentums an den Papieren, aber unter Vorbehalt des Pfandrechts der Bank. Auf diesen ausdrücklichen Vorbehalt würde es nicht einmal ankommen. Keinesfalls ist die „vereinbarte Leistung“ schlechtweg gleichbedeutend mit der „typischen termingeschäftlichen Leistung“, die nur in der Übergabe bestände. Der vertragliche Vorbehalt des Pfandrechts ist unter allen Umständen als eine Abmachung anzusehen, die den Begriff der vereinbarten Leistung im Sinne des § 57 mitzubestimmen vermag. b) **RG.** 82 175 ff., BankA. 12 298. Die Bank hat schon dann das Vereinbarte geleistet, wenn sie die Wertpapiere, mit deren Ankaufe sie beauftragt war, auf ausdrückliches Verlangen des Kunden noch nicht angeschafft, sondern von Monat zu Monat geschoben hat, weil der Kunde, dem der Kurs nicht paßte, Prolongation verlangte. Obwohl infolgedessen die Abwicklung des Geschäfts lediglich in Buchungen ihren Ausdruck fand — die Bank verkaufte die Papiere jeden Monat an den Kunden und nahm sie ihm auf seinen Wunsch wieder ab, der Preis erschien regelmäßig jeden Monat zuerst im Debet (Liquidationskurs), dann im Kredit (Rückkaufspreis) — hatte die Bank das ihrige getan.

4. Bewirkung der der Bank obliegenden Leistung beim Ankaufe von Minenshares an der Londoner Börse. **RG.** 82 175 ff., BankA. 12 298. Die Klägerin (Bank) hat die vereinbarte Leistung bewirkt, wenn sie im Einverständnisse mit dem Kunden die Geschäftsanteile in den Büchern der betr. Gesellschaft auf den Namen einer von ihr bezeichneten Bank hat umschreiben lassen. Diese hat mit der Umschreibung, welche auf Grund der Abtretungsurkunde (deed of transfer) dem Erwerber das Recht an den Shares gibt, Besitz und Eigentum an den Shares als Treuhänderin für den Kunden erworben. Das mochte unter Umständen für die Klägerin den Nutzen haben, daß sie bei Nichterfüllung der Zahlungspflicht seitens des Kunden noch einen Einfluß dahin ausüben konnte, daß er über die Shares nicht verfügte, was dann, wenn er selbst als der Erwerber eingetragen war, eine Unmöglichkeit gewesen wäre. Immerhin hatte die Klägerin geleistet, was ihr nach der mit dem Kunden getroffenen Vereinbarung zu leisten oblag, sie hatte effektiv erfüllt. Eine Nummernaufgabe war neben dieser effektiven Übertragung an einen Dritten sicherlich nicht noch erforderlich.

5. Bewirkung der vereinbarten Leistung durch Rückkauf im Wege des Reportgeschäfts. **RG.** JW. **14** 534 Nr. 13, BankA. **13** 226, HoldheimsMSchr. **14** 183 u. 271 (identisch), R. **14** Nr. 1337. § 57 findet Anwendung auf diejenigen Abschlüsse, die im Wege des Reportgeschäfts durch Rückkauf der Wertpapiere seitens der Bank und Erfüllung der für die Bank aus diesem Rückkauf erwachsenen Verpflichtung unter dem Einverständinsse des Kunden ihre Erledigung gefunden haben. An Stelle der der Bank ursprünglich obliegenden Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung tritt infolge des Reportgeschäfts ihre Verpflichtung, die Papiere zu behalten, deren Abnahme nicht zu fordern und über Kauf- und Rückkaufspreis Rechnung zu legen. Mit ihrer Erfüllung macht die Bank allen ihren Verbindlichkeiten aus dem ersten Geschäfte wie aus dem Rückkauf ein Ende, das alte Geschäft ist erledigt, das Vereinbarte ist geleistet (§ 364 BGB.). Rechtlich tritt ausschließlich nur noch das neue Geschäft auf den nächsten Ultimo in die Erscheinung, nur dieses unterliegt noch dem Termineinwande. Hat die Bank bei Abschluß des Rückkaufs die zu liefernden Papiere noch nicht angeschafft, so braucht sie es nunmehr vor dem Lieferungstermine des neuen Geschäfts überhaupt nicht zu tun.

6. BankA. **13** 13 (LG. I Berlin). Mitwirkung und Ausführung der — sich

äußerlich nur in den Gutschriften und Belastungen auf dem Konto zeigenden — Prolongation seitens des Bankiers als Bewirkung seiner Leistung.

7. Genügt teilweise Leistung? a) **RG.** 82 175, BankA. **12** 298, R. **13** Nr. 1801, erörtert, ohne sie zu entscheiden, die Frage, ob nach § 57 eine teilweise Bewirkung der Leistung genügt. Zur Wahl stehen folgende drei Ansichten: eine bloße Teilleistung zur Herbeiführung der Rechtswirksamkeit des Geschäfts im Sinne des § 57 überhaupt für ungenügend zu erachten, je nach ihrer Höhe die Entscheidung auf den Einzelfall zu verstellen (wonach jedenfalls bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit der noch rückständigen Leistung die Teilleistung genügen würde) oder die Teilleistung grundsätzlich für ausreichend zu halten. Den beiden letzten dieser drei Meinungen stünde das immerhin beachtliche Bedenken entgegen, daß das Gesetz, dessen Fassung wie Begründung für die Auslegung im übrigen einen Anhalt nicht bieten, schlechtweg von Bewirkung der „vereinbarten Leistung" spricht, wie § 362 BGB. von Bewirkung der „geschuldeten Leistung", und daß an sich hierunter nur die volle Leistung verstanden werden kann. **b)** Düringr-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch (2) III 450 Anhang II Anm. 136. Mit einer teilweisen Effektivleistung muß auch eine verhältnismäßige Heilung des Geschäfts verbunden sein. Ist nur ein verhältnismäßig geringfügiger Teil rückständig, so wird vollkommene Heilung anzunehmen sein. Vgl. § 320 Abs. 2 BGB.

III. Die Einverständniserklärung. 1. Übergangsrecht. **RG.** 82 175 ff., JW. **13** 745, BankA. **12** 298, LeipzZ. **13** 760 Nr. 23. Ist die Einverständniserklärung nach Inkrafttreten des neuen BörsG. abgegeben und die Leistung bewirkt worden, so findet § 57 Anwendung. Wann die Leistungen erfolgt sind, ist gleichgültig.

2. Anerkenntnis des Saldos als Einverständniserklärung. a) **RG.** 82 175 ff., JW. **13** 745, BankA. **12** 298, LeipzZ. **13** 760 Nr. 23, R. **13** Nr. 1802. Hat die Bank ihrerseits alles, was vereinbart war, geleistet und hat der nicht zu den im § 53 genannten Personen gehörende Kunde den ihm übersandten Saldo anerkannt, so hat er sich dadurch mit der Leistung einverstanden erklärt. Aus den Abrechnungen erkannte er, was die Bank geleistet hatte, und wenn er auch nur die letzte Abrechnung nach Prüfung billigte, so genehmigte er die gesamten bisherigen Erfüllungshandlungen der Bank. Die Anerkennung des Saldos schloß die Einverständniserklärung des § 57 mindestens stillschweigend in sich und bewirkte die Heilung der bisherigen klaglosen Termingeschäfte. **b)** **RG.** 82 175 ff., JW. **13** 745, BankA. **12** 298. Die in der Anerkenntnis des letzten Saldos liegende Einverständniserklärung (vgl. a) ergreift die gesamten bisherigen Geschäfte, auf welche sich das Kontokorrentverhältnis der Parteien bezog. Eine Unterscheidung zwischen „glattgestellten", d. h. durch Gegengeschäft erledigten Geschäften und anderen findet im Gesetze keine Stütze. Auch auf Art und Zweck der Geschäfte kommt es nicht an. § 57 schützt die Kapitalanlage wie die Spekulation.

§ 58. Literatur: Nußbaum, Zum Begriffe des offiziellen Bösentermingeschäfts (§ 58 BörsG.), BankA. **13** 215—219.

1. Offizielles oder inoffizielles Börsentermingeschäft? Abweichende Vereinbarungen. Hamburger Warenterminhandel. a) BankA. **13** 342, HansGZ. **14** Hptbl. 162 (Hamburg VII. 4. 5. 14). Durch die Vereinbarung besonderer Bedingungen neben den offiziellen verlieren die Börsentermingeschäfte nicht ohne weiteres den Charakter des offiziellen Börsenterminhandels. So können besondere Bedingungen vereinbart werden, die sich lediglich als eine Ergänzung der offiziellen Bedingungen darstellen und deren Sinn durchaus entsprechen; dies gilt insbesondere, wenn bei einem Kommissionsverhältnisse Bedingungen vereinbart werden, die sich rein auf dieses Verhältnis beziehen und das Börsentermingeschäft als solches nicht berühren. Der Charakter des offiziellen

Terminhandels bleibt aber nicht mehr gewahrt, wenn die besonderen Bedingungen von den festgesetzten Geschäftsbedingungen derartig abweichen, daß sie unter Beachtung der Absicht des Gesetzes, durch die offizielle Festsetzung der Bedingungen die dem Börsenhandel ferner stehenden Personen zu schützen, als mit den offiziellen Bedingungen nicht mehr vereinbar zu erachten sind. Hiernach sind Hamburger Termingeschäfte in Zucker, geschlossen in Gemäßheit der Schlußscheinbedingungen und der Bedingungen des Vereins der am Zuckerhandel beteiligten Firmen, sowie des Regulativs der Warenliquidationskasse bzw. der Mäklerbank in Hamburg inoffizielle Termingeschäfte. Denn nach den Schlußscheinbedingungen steht dem Kommissionär das Recht zur sofortigen Liquidation nicht nur für den Fall der Zahlungseinstellung (wie nach dem Regulativ der Warenliquidationskasse), sondern auch bei Zahlungsschwierigkeiten oder bei Exekution des Kommittenten durch ein anderes hiesiges oder auswärtiges Haus zu. Namentlich letztere Bestimmung enthält eine wesentliche Verschärfung der Lage des Kommittenten, da es gar nicht notwendig ist, daß eine solche Exekution auf schlechter finanzieller Lage der exekutierten Firma beruht. **b)** Ebenso HansGZ. **14** Hptbl. 247 (Hamburg VII. 1. 7. 14) betr. Termingeschäfte in Zucker und Kaffee. **c)** Dagegen HansGZ. **14** Hptbl. 210 (Hamburg V. 8. 5. 14) betr. Termingeschäfte in Kupfer, geschlossen nach den Hamburger Schlußscheinbedingungen für Termingeschäfte in Kupfer und nach dem Regulativ der Hamburger Mäklerbank. **d)** Ferner HansGZ. **14** Hptbl. 253 (Hamburg II. 14. 7. 14) betr. Termingeschäfte in Kaffee, Zucker und Kupfer. **e)** Hierzu Nußbaum, BankA. **13** 215—219. Wenn im Kommissionshandel der Warenterminbörsen, wie vielfach üblich, die Schlußscheine nicht nur auf die offiziellen Terminhandelsbedingungen, sondern auch auf das Regulativ der betreffenden Liquidationskasse Bezug nehmen, so gewinnen hierdurch die Geschäfte nicht den Charakter des inoffiziellen Terminhandels. Die Bezugnahme auf das Regulativ bedeutet keine Abweichung von den festgesetzten Bedingungen der Termingeschäfte, sondern nur eine Ergänzung. Aber auch abgesehen hiervon, ist es unrichtig, daß jede Abweichung von den festgesetzten Bedingungen das Termingeschäft zu einem inoffiziellen stempele. Es kommt darauf an, ob die Abweichung eine solche ist, daß sie den wirtschaftlichen Charakter des Börsentermingeschäfts berührt. Bleibt dem Geschäfte seine maßgebende „Beziehung zu dem bestehenden Terminmarkte", so behält es auch seinen Charakter als offizielles Termingeschäft. Daher sind die besonders vor Hamburger Gerichten erhobenen Einwände des Differenz- und Spieleinwandes unbegründet und die hierdurch veranlaßten Änderungen der Bedingungen des Warenterminhandels nicht erforderlich. **f)** Betreffend Wertpapierhandel. HansGZ. **14** Hptbl. 268, BankA. **14** 86 (Hamburg 7. 7. 14). Börsentermingeschäfte in zum Börsenterminhandel zugelassenen Wertpapieren zwischen Bankier und Kunden verlieren ihren Charakter als offizielle Börsentermingeschäfte nicht dadurch, daß für das Verhältnis zwischen Bankier und Kunden in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bankiers besondere, in den vom Börsenvorstande festgesetzten Bedingungen nicht enthaltene Regeln aufgestellt sind.

2. Auf ausländische Differenz- und Spielgeschäfte ist § 58 nicht anwendbar. **a)** **RG.** IDR. **11** Nr. 2a s. auch **RG. 79** 381. **b)** SächsRpflA. **14** 37 (Dresden). Differenzeinwand bei Börsentermingeschäften in Baumwolle an der Liverpooler Börse. Ausstellung von Wechseln. Zwangsvergleich. **c)** Vgl. auch oben § 54 Nr. 7.

3. **RG.** BankA. **13** 224, HoldheimsMSchr. **14** 181, R. **14** Nr. 1258. Bei inoffiziellen Börsentermingeschäften ist der Differenzeinwand im vollen Umfange zulässig, d. h. mit der Wirkung, daß, wenn Spiel im Sinne des § 764 BGB. vorliegt, auch die bestellten Sicherheiten nicht haften. Dies gilt für alle inoffiziellen Börsentermingeschäfte aus den in **RG. 79** 381 ausgesprochenen Gründen; für solche Ge-

schäfte in Zucker gilt es auch schon deshalb, weil der § 54 BörsG., aus dem verschiedene Schriftsteller die Haftung der für inoffizielle Börsentermingeschäfte bestellten Sicherheiten herzustellen versuchen, nur Geschäfte in Wertpapieren, nicht solche in Waren betrifft.

4. **RG.** BankA. **13** 224, R. **14** Nr. 1260. Wenn das zweite Geschäft, wirtschaftlich betrachtet, nur die Fortsetzung des ersten Geschäfts und letzteres kein Differenzgeschäft ist, so bedarf es besonderer Gründe, um festzustellen, daß man von dem ernst gemeinten Lieferungsgeschäft zum Spiel übergegangen sei. Die Tatsache der Prolongation an sich beweist dies nicht.

5. **RG.** BankA. **13** 224. Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Differenzgeschäfts liegt dem Kunden, nicht dem Bankier ob.

§ 60. Nußbaum, BankA. **13** 117. Die Ansprüche aus einem Mäkler- und Agenturvertrage sind auch bei Unwirksamkeit der vermittelten Termingeschäfte klagbar. Fälligkeit der Provision erst dann und insoweit, wie nach § 55 eine rechtsbeständige Leistung vorliegt oder das Geschäft nach § 57 wirksam geworden ist.

§ 61. Kommissionsgeschäfte betr. Börsentermingeschäfte an ausländischen Börsen. a) **RG.** BankA. **13** 135. Sind die Geschäfte zwischen dem Bankier und dem Kunden so abgeschlossen, daß letzterer die Aufträge entweder bestens oder unter Angabe eines einzuhaltenden Kurses zu den Börsenbedingungen der ausländischen (Londoner und Pariser) Börse erteilt und daß ersterer, wenn es der Kurs zuläßt, die Papiere einzukaufen, andernfalls unter entsprechender Benachrichtigung des Kunden bemüht zu bleiben hat, die Papiere zu dem angegebenen Kurse zu bekommen, so liegen — auch im Verhältnisse der Parteien untereinander — Aufträge zum Abschlusse von Börsentermingeschäften vor. Übernahme und Auftragserteilung waren danach im vorliegenden Falle gemäß § 66 Abs. 2 BörsG. vom 22. 6. 96 unwirksam. ➛ Es handelt sich hier um dieselbe Sache, wie in JDR. **11** § 61 Nr. 1 a, aber mit anderweitigen tatsächlichen Feststellungen. Red. ⬸. b) Vgl. hierzu Nußbaum, Kommissionsgeschäfte an ausländischen Terminbörsen, LeipzZ. **14** 468—470. c) **RG.** BankA. **13** 259, HoldheimsMSchr. **14** 208, R. **14** Nr. 1730. Der Kommittent kann sich nicht darauf berufen, daß die an Auslandsbörsen getätigten Anschaffungsgeschäfte des Kommissionärs unverbindliche Börsentermingeschäfte seien, wenn im Verhältnisse der Parteien zueinander die Geschäfte immer nur als Kassageschäfte behandelt worden sind (vgl. **RG.** JDR. **11** § 61 Nr. 1 a). Die rechtlichen Beziehungen zwischen Kommittent und Kommissionär sind keine anderen, als wenn auch dessen Anschaffungsgeschäfte Kassageschäfte wären.

§§ 65 ff. Literatur: Pinner, **Der Getreideterminhandel in Deutschland vor und seit der Reichsbörsengesetzgebung. (Berlin 1914.)**

1. Vgl. oben vor § 50 B III.

2. Pinner: Die Ergebnisse der Börsengesetzreform von 1908 sind im wesentlichen als gut zu bezeichnen. Das Ziel der Gesetzgebung ist erreicht, das Börsenspiel und mit ihm die spielmäßigen Preistreibereien sind fast vollkommen beseitigt. Die Regelung des Differenzeinwands ist allerdings verfehlt, auch das Erfordernis der angemessenen Nachfrist erscheint zum mindesten als überflüssig. Doch sind wesentliche Schädigungen durch diese Mängel wohl nicht zu befürchten, so daß man sich der Hoffnung hingeben kann, der Getreideterminhandel werde in der Form des handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfts einer gesunden Entwicklung entgegengehen.

§ 67. BankA. **12** 179 (KG.). Kaufleute im Sinne von § 67 Abs. 1 Ziff. 2 sind nicht nur solche, welche die Getreidelieferungsgeschäfte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung machen. Sie können auch Agenten und Kommissionäre sein.

§ 68. Literatur: Oppenheimer, Zu den §§ 67 und 68 des neuen Börsengesetzes vom 8. Mai 1908, HoldheimsMSchr. **13** 1—6.

I. Bejaht wird das Vorliegen eines Differenzgeschäfts von: 1. **RG.** HoldheimsMSchr. 13 277, BankA. 13 102, wo an dem Standpunkte der Entscheidung **RG.** JDR. **11** § 68 Nr. 1 a festgehalten wird. Steht einmal fest, daß die Absicht des einen Vertragschließenden überhaupt nicht auf Lieferung und Abnahme der Waren gerichtet war, sondern ausschließlich auf den Preisunterschied, so kann es nicht darauf ankommen, ob die Lieferungszeit, deren Börsen- oder Marktpreis zur Berechnung des Unterschieds dienen soll, von vornherein auf den Tag bestimmt ist oder ob der Verkäufer das Recht hat, sie seinerseits innerhalb festbemessener Grenzen auszuwählen. Auch in letzterem Falle ist der maßgebende Preis genau bestimmbar und das genügt. Das etwaige Gegengeschäft aber dient hier ausschließlich dem Zwecke, den Preisunterschied für einen bestimmten Zeitpunkt zu ermitteln.

2. **RG.** BankA. **13** 102. Die Feststellung der Spielabsicht des einen Teiles und deren Kenntnis seitens des anderen Teiles kann auch aus früheren Geschäften und aus der Fortsetzung der Geschäftsverbindung hergeleitet werden.

II. Verneint wird das Vorliegen eines Differenzgeschäfts von: 1. *Oppenheimer, HoldheimsMSchr. **13** 1—6. Der Ansicht des II. Sen. des RG. (**RG. 79** 234 ff., vgl. JDR. **11** 1342), daß die nach den Schlußscheinbedingungen der Berliner Produktenbörse getätigten Getreideschlüsse Börsentermingeschäfte sind und gegen dieselben der Differenzeinwand zulässig ist, kann nicht gefolgt werden. Ein Termingeschäft ist ein Fixgeschäft; von einem solchen kann nach dem Inhalte der Schlußscheine keine Rede sein. Ebenso ergibt der Inhalt derselben, daß § 68 BörsG. auf solche Geschäfte nicht anwendbar erscheint, weil dieselben der wichtigsten Momente des Differenzgeschäfts, nämlich der Fixnatur und des Unterschieds zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- und Marktpreise der Lieferungszeit ermangeln.

2. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch (2) III 376 Anhang I Anm. 53. Arbitragegeschäfte sind wirtschaftlich gerechtfertigt und daher keine Differenzgeschäfte.

3. BankA. **12** 321 (KG.). Ein Differenzgeschäft im Sinne des § 68 BörsG. ist ohne eine besondere die Lieferungszeit genau bestimmende Nebenabrede nicht denkbar, so z. B. wenn, wie im vorliegenden Falle, in den Schlußnoten keine festbestimmte Lieferungszeit vereinbart, sondern den Geschäftsbedingungen der Berliner Produktenbörse entsprechend die Bestimmung des Lieferungstermins innerhalb der vereinbarten Monatsfrist in das Belieben des Verkäufers gestellt ist.

4. BankA. **12** 321 (KG.). Gegen das Vorliegen von Differenzgeschäften spricht die Vereinbarung, daß im Verzugsfalle dem säumigen Teile eine angemessene Nachfrist bestimmt werden muß.

5. BankA. **12** 321 (KG.). Der Umstand, daß der Schuldner in der Absicht, vorausgegangene Lieferungsgeschäfte aufzulösen, Gegengeschäfte abgeschlossen hat, spricht dafür, daß von vornherein die Absicht effektiver Erfüllung vorhanden war. Denn andernfalls wäre die Auflösung der vorausgegangenen Lieferungsgeschäfte nicht erforderlich gewesen.

6. BankA. **12** 179 (KG.). Keine Differenzgeschäfte bei folgendem Tatbestande: Der Beklagte hat im Mai und Juni 1910 bestimmte, im September 1910 lieferbare Mengen Getreide zu bestimmten Preisen an die Klägerin verkauft und von ihr am 20. und 30. September 1910 die gleichen Mengen Getreide gekauft. Gegenstand des klägerischen Anspruchs ist nicht der Unterschied zwischen dem im Mai und Juni

1910 vereinbarten Preise und dem Börsen- und Marktpreis im September 1910, sondern der Unterschied zwischen dem ersteren vereinbarten Preise und dem im September 1910 gleichfalls wieder vereinbarten Preise aus den Gegengeschäften. Trotz gelegentlicher Äußerungen der Parteien über „Differenzen" und Differenzgeschäfte in der Korrespondenz ist auf Grund des geschilderten Tatbestandes das Vorliegen von Differenzgeschäften zu verneinen.

VI. Straf- und Schlußbestimmungen.

§ 94. Literatur: vgl. oben vor § 50, insbesondere Bacharach, Der Bucketshop und seine Strafbarkeit, HoldheimsMSchr. 13 124—133, 147—156.

1. **RG.** R. **14** Nr. 2188. Das Verbot der Verleitung zum Börsenspiele richtet sich gegen jedermann, nicht etwa nur gegen solche Personen, die zum Besuche der Börse zugelassen sind.

2. Der Begriff des Verleitens. **RG.** (Straff.) BankA. **12** 214. Der Begriff des Verleitens erfordert nur, daß mit irgendwelchen Mitteln auf den Willen eines anderen zu dem Zwecke eingewirkt worden ist, ihn zum Abschlusse von Börsenspekulationsgeschäften zu bestimmen und daß diese Einwirkungen Erfolg gehabt haben. Hierunter fällt z. B. schon die bloße Entsendung von Agenten behufs Anknüpfung von Geschäftsverbindungen. Wenn auch bei dem Kunden eine gewisse Neigung zu Börsenspekulationen bereits vorher bestanden hat, so schließt dies doch nicht aus, daß er zu den im einzelnen Falle tatsächlich vorgenommenen Spekulationsgeschäften erst durch das Zureden des „Bankiers" oder seiner Vertreter veranlaßt worden ist.

3. Die Gewohnheitsmäßigkeit. **RG.** (Straff.) BankA. **12** 214. Die Gewohnheitsmäßigkeit durfte der Vorderrichter schon aus der allgemeinen Einrichtung des Gewerbebetriebs des Angeklagten sowie daraus ableiten, daß sich der Angeklagte fortdauernd der gleichen unerlaubten Lockmittel zum Kundenfang bedient und dieses „Anreißertum" geradezu zum geschäftlichen Grundsatz erhoben hat. Der Angeklagte hat sein Kundenmaterial überwiegend aus den Kreisen der kleinen Leute ausgesucht und seine Agenten in der Regel nur zu solchen Personen gesandt, bei deren gesellschaftlicher Stellung es ihm von vorherein ausgeschlossen erscheinen mochte, daß sie sich in irgendeiner Weise geschäftsgewandt zeigen würden.

4. Die Unerfahrenheit. a) **RG.** (Straff.) BankA. **12** 214, R. **13** Nr. 1066. Unerfahrenheit bedeutet im Sinne des § 94 nichts anderes als Mangel an Erfahrung in Börsenspekulationsgeschäften. Sie liegt vor, wenn der Verleitete infolge fehlender geschäftlicher Einsicht die Tragweite solcher Unternehmungen nicht genügend zu übersehen vermag. **b)** Gysae, DJZ. **13** 509. Die Unerfahrenheit des Kunden wird durch früher erlittene Verluste bei anderen Firmen nicht beseitigt; im Gegenteil: meist ist der Verlust ein Ansporn zu neuer Spekulation, ohne jede Vermehrung der Erfahrenheit.

5. Im übrigen vgl. über das Bucketshopsystem oben § 50 E, inbesondere III. (Strafbarkeit wegen Betrugs).

6. Prozessuales. Klagänderung. **RG.** BankA. **13** 259. Die Behauptung des auf negative Feststellung klagenden Klägers, er sei unter Ausbeutung seiner Unerfahrenheit in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zum Börsenspiele verleitet worden, ist gegenüber der Klagebegründung, die Geschäfte seien als Börsentermingeschäfte oder Differenzgeschäfte unwirksam, keine mangels Einwilligung des Beklagten nach § 527 ZPO. unzulässige Klagänderung. Das Vorbringen des Klägers enthält keine neue Begründung der negativen Feststellungsklage, sondern eine anderweite Verteidigung gegen die mit dieser Klage abzuwehrenden Ansprüche des Beklagten (**RG. 72** 143), es hätte also auch ohne Einwilligung des Beklagten berücksichtigt werden müssen.

§ 95. Literatur: vgl. oben vor § 50, insbesondere Bacharach (§ 94), ferner: Nußbaum, Kursschnitt und Kursregulierung beim Selbsteintritte, JW. **14** 15 ff.

1. Strafbarkeit des Bucketshop? a) Gysae, DJZ. **13** 508, BankA. **13** 314—325. Gemäß § 95 kann der Bucketshop nicht bestraft werden, da er nicht Kommissionär ist, sondern gerade dies nur vortäuscht. Er ist Scheinbankier. Jedoch Bestrafung wegen Betrugs (vgl. vor § 50 E I 2) und gemäß § 94, vgl. dort 2—4. b) Bacharach, HoldheimsMSchr. **13** 124—133, 147—156. Keine Strafbarkeit des Bucketshop nach § 95. c) Im übrigen vgl. über das Bucketshopsystem oben vor § 50 E, insbesondere III (Strafbarkeit wegen Betrugs).

2. Kursschnitt als Delikt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2. Nußbaum, JW. **14** 15 ff. a) Der Kursschnitt, d. h. die Berechnung eines für den Kunden ungünstigeren Kurses als desjenigen, den der Kommissionär wirklich an der Börse erhalten bzw. bezahlt hat, fällt unter § 95 Abs. 1 Nr. 2. In Berlin ist er nur beim Ultimohandel möglich, da beim Kassahandel der Einheitskurs ein Schneiden ausschließt. — Auch der sich als „Eigenhändler" bezeichnende Bankier unterliegt der Strafvorschrift, sobald in Wahrheit ein Kommissionsverhältnis vorliegt. — Die Strafverfolgungsbehörden können unter den strafprozessualen Voraussetzungen auch die Handelsbücher und die Schlußnoten beschlagnahmen; ihnen gegenüber kann sich der Kommissionär auf die Beschränkungen des § 400 Abs. 2 HGB. nicht berufen. b) Aber nicht aus jeder Abweichung zwischen dem Kurse des Ausführungsgeschäfts (Selbsteintritts) und dem des Deckungsgeschäfts kann ohne weiteres auf einen Kursschnitt geschlossen werden; so insbesondere nicht, wenn das Deckungsgeschäft erst nach Absendung der Ausführungsanzeige geschlossen ist (vgl. § 401 Abs. 2 HGB.). In solchem Falle hat sich der Kommissionär dem Kommittenten gegenüber durch den Preis, zu welchem er die Effekten liefern bzw. abnehmen muß, festgelegt und er spekuliert in zulässiger Weise, indem er auf eine ihm günstigere Kursentwicklung hofft, wie ihn auch die Nachteile einer umgekehrten Entwicklung treffen. Doch kann in Grenzfällen diese Art des Verfahrens gegen § 401 Abs. 1 HGB. verstoßen.

3. Kursregulierung als Delikt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2. Nußbaum, JW. **14** 15 ff. Nicht unzulässig ist in der Regel die Kursregulierung, d. h. die Beeinflussung des Börsenpreises durch Regulierung des Angebots und der Nachfrage. Sie besteht z. B. darin, daß, sobald ein Kunde dem Emissionshause bestimmter Aktien eine Kauforder gibt, das Emissionshaus durch den Kauf eines kleinen Quantums an der Börse den Kurs steigert und die übrigen Mengen zu dem erhöhten Preise aus den eigenen Beständen liefert. Es ist nur sachgemäß, daß das Kaufgebot des Kunden in einer Kurssteigerung seinen Ausdruck findet. Anders liegt es jedoch, wenn der Bankier von dem zu liefernden Effektenquantum überhaupt nichts an der Börse kauft, sondern lediglich einen erhöhten Geldkurs notieren läßt und dann zu diesem eintritt. Dies ist unzulässig, denn eine auf bloßer Nachfrage (Geldkurs) oder auf bloßem Angebote (Briefkurs) beruhende Notiz kann im Sinne der §§ 400 ff. HGB. nicht als wahrer Börsenpreis gelten (vgl. bereits **RG. 34** 117). Doch genügt es, wenn der Kommissionär, der z. B. einen Verkaufsauftrag hat, das an der Börse gemachte Gebot zu einem Teil annimmt. Dadurch kommt eine Bezahltnotiz zustande und nunmehr steht dem Selbsteintritte nichts mehr im Wege. ➛ Hierdurch wird in praxi nicht viel gebessert; denn durch die Herbeiführung eines verhältnismäßig kleinen Umsatzes sichert sich der Kommissionär die Möglichkeit eines günstigen Selbsteintritts. Red. ➛

Scheckgesetz.

Allgemeines. I. Literatur. 1. Warschauer, Scheckverkehr und Gesetzgebung in Deutschland, R. **14** 117—123. Der Verf. erörtert die einzelnen Vorzüge des ScheckG. vom 11. März 1908 gegenüber dem Entwurfe vom 11. März 1892.

2. Niemeyer, Ist eine Pfändung künftiger Giroforderungen zulässig? LeipzZ. **14** 1109 f. Der Verf. verneint die Frage. Künftige Forderungen können nur gepfändet werden, wenn sie bestimmt genug bezeichnet oder hinreichend bestimmbar sind. Diese Voraussetzung fehlt bei den künftigen Eingängen auf dem Girokonto.

II. Rechtsprechung. 1. SchlHolstAnz. **14** 42 f. (Kiel). Es entsteht im Giroverkehre zwischen dem Auftraggeber der überweisenden Bank und der Bank, an welche die Überweisung erfolgt, kein unmittelbares Auftragsverhältnis.

2. Hingegen **RG.** HansGZ. **14** Hptbl. 145—148.

§ 3. SeuffA. **69** 193 f. (Naumburg). Die Auszahlung auf einen Scheck kann nicht wegen fehlenden Guthabens des Ausstellers dem Empfänger abgefordert werden. Dem Scheckinhaber gegenüber ist die Bank in keinem Falle zur Einlösung verpflichtet, sie hat also auch keine im Verhältnisse zu ihm bestehende Verpflichtung zu erfüllen geglaubt. Wer für einen Schuldner in der irrigen Meinung, diesem dazu verpflichtet zu sein, die Zahlung an den Gläubiger bewirkt, hat den Bereicherungsanspruch nur gegen den durch diese Leistung befreiten Schuldner.

§ 4. **RG.** JW. **14** 204, LeipzZ. **14** 385, BankA. **13** 133 f., HoldheimsMSchr. **14** 77. Löst eine Bank einen gefälschten Scheck in voller Höhe ein, während das Guthaben des Scheckkontoinhabers einen geringeren Betrag aufweist, so trägt der Inhaber den Schaden bis zur Höhe seines Guthabens, während die Bank den übrigen Schaden zu tragen hat. — Die gelegentliche Einlösung von Schecks trotz Überschreitung der Deckung entspricht der kaufmännischen Kulanz. — Prüfungspflicht des Kassierers gegenüber dem vorgelegten Scheck und das Maß der zu betätigenden Sorgfalt. — Vgl. ferner **RG.** HansGZ. **14** Hptbl. 145—148.

§ 8. S. § 4.

§ 12. S. § 14.

§ 14. Kiessel, Verrechnungsarten (§ 14 ScheckG.), HoldheimsMSchr. **14** 162—166. Der Verf. erörtert die mannigfachen Verrechnungsarten, die neben der durch Abrechnung (§ 12 ScheckG.) und der durch Gutschrift in den Geschäftsbüchern des Bezogenen in dem Falle gegeben sind, daß der Inhaber des Verrechnungsschecks kein Konto beim Bezogenen unterhält. Er führt sieben solcher Arten auf und kommt danach zu dem Ergebnisse, daß das nach der Behauptung Breits übliche Verfahren der Gutschrift mit sofortiger Auszahlung nicht nötig sei.

§ 15. **RG.** R. **14** Nr. 1758, JW. **14** 683 Nr. 12. Der Scheckempfänger erlangt auf Grund des Schecks keine Forderung gegen den Bezogenen, auf Grund des Schecks kann daher eine Aufrechnung gegenüber einer Forderung des Bezogenen nicht stattfinden.

Wechselordnung.

Erster Abschnitt. Von der Wechselfähigkeit.

I. Materielles. 1. Literatur. a) Bell, Das Gesetz über die Folgen der Verhinderung wechsel- und scheckrechtlicher Handlungen im Auslande, DJZ. **14** 491. b) Hamburger, Das Recht auf Deckung bei der nicht akzeptablen Tratte

(Wien 1913). Der Verf. befürwortet — wie Adler und Landesberger — die Einführung der nicht akzeptablen Tratte in der Form der Zessionstratte für Österreich als Ersatz für die Kreditform des volkswirtschaftlich schädlichen Buchforderungseskomptes, indem er eingehend erörtert, welche Regelung jenes Institut im französischen Rechte gefunden. c) Hacman, Beiträge zum Wechselrechte mit besonderer Berücksichtigung des unlauteren Wechselverkehrs (Breslau 1913). Die auf dem Boden des österreichischen Rechtes erwachsene Schrift bringt eingehende Erörterungen über verschiedene Grundlehren des Wechselrechts. Der durchgehende Gedanke ist die Bekämpfung der Mißbräuche, die mit der abstrakten Natur der Wechselverbindlichkeit und mit dem Prinzipe der allgemeinen Wechselfähigkeit verbunden sind. d) Herrmann-Otavsky, Die höhere Gewalt im Wechselrechte nach dem G. vom 30. November 1912, zugleich ein Beitrag zu Art. 53 des Haager Entwurfs einer einheitlichen Wechselordnung (Wien 1913). In Anlehnung an die französisch-englische Auffassung ist im Art. 53 der EW. der Grundsatz festgelegt worden, daß bei höherer Gewalt die Protestnahme nachgeholt werden kann, andererseits dem Inhaber das Recht zusteht, ohne Protesterhebung den Rückgriff zu nehmen, falls der Behinderungsgrund nach Ablauf einer Frist von dreißig Tagen noch fortdauert. Diese Vorschrift ist in Österreich im Hinblick auf die in den Balkanländern erlassenen Moratorien am 30. November 1912 zum Gesetz erhoben worden. Die vorliegende Schrift enthält eine Erörterung der durch Art. 53 der EW. hervorgerufenen Fragen (vgl. JDR. **12** 1072). e) Langen in der Festschrift für Zitelmann (München 1913). „Der Schutz des Wechselverkehrs nach dem Haager Wechselrechtsabkommen vom 23. Juli 1912." Der Schutz des gutgläubigen Wechselerwerbers im Wechselrechte des Haager Abkommens ist im wesentlichen der unseres heutigen deutschen Rechtszustandes. f) Meyer, Der Einfluß des Krieges auf das Wechselrecht, BankA. **13** 385—387, 406—408. Der Verf. erörtert — nach einer geschichtlichen Einleitung, insbesondere nach einer Behandlung der durch den Krieg 1870/71 hervorgerufenen wechselrechtlichen Wirkungen und nach einem Hinweis auf das Gesetz vom 13. April 1914 über die Folgen der Verhinderung wechsel- und scheckrechtlicher Handlungen im Auslande — die auf dem Gebiete des Wechsel- und Scheckrechts erlassenen Notstands-Gesetze und Verordnungen.

2. Rechtsprechung. a) **RG.** BankA. **13** 132 f. Antwortet der Akzeptant auf die Anfrage des Akzepterwerbers, er dürfe sich auf die Echtheit des Akzepts verlassen, nicht, so ist dies dahin auszulegen, daß der Akzeptant für das Akzept, mag es echt oder gefälscht sein, rechtlich so einsteht, als wenn es echt wäre. b) Ebenso **RG.** LeipzZ. **14** 757 f., LeipzZ. **14** 874 f. (Augsburg). c) BadRpr. **14** 68 f. (Karlsruhe). Die Ausstellung eines Prolongationswechsels hat im Zweifel keine novierende Wirkung.

II. Prozessual. KGBl. **15** 14 f. (KG.). Im Urkunden- und Wechselprozeß ist ein Urteil unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung einer nicht konnexen Gegenforderung (§ 302 ZPO.) unzulässig.

III. Stempelrechtlich. 1. **RG.** BankA. **13** 364. Der Inhaber einer mit dem Akzept eines anderen versehenen, ihm übergebenen Schrift, die er durch Unterzeichnung als Aussteller und durch Einrückung eines Verfalltags zu einem Wechsel zu ergänzen berechtigt ist, ist für die Entrichtung der Stempelabgabe des § 3 Abs. 1 WStempG. nach § 5 das. verhaftet. Dagegen setzt er sich, solange er den Wechsel nicht unterzeichnet, veräußert, verpfändet, zur Zahlung vorlegt oder sonst über ihn verfügt, keiner Bestrafung aus, wenn er es unterläßt, zugleich mit der Versteuerung nach § 3 Abs. 2 auch die Versteuerung nach § 3 Abs. 1 herbeizuführen.

2. **RG.** BankA. **14** 37. Der Tatbestand der steuerpflichtigen Aushändigung eines Wechsels liegt auch dann vor, wenn der Inhaber den Wechsel ohne Aufgabe der Verfügungsmacht einem anderen übergibt, um dadurch einen rechtlich bedeutsamen Akt

zur Verwirklichung des Wechselanspruchs vorzunehmen (Einreichung beim Konkursgerichte zur Prüfung und Feststellung der Forderung).

Zweiter Abschnitt. Von gezogenen Wechseln.

I. Erfordernisse eines gezogenen Wechsels.

Art. 4. OLG. 28 408—410 (Rostock). Die Bezugnahme auf das Deckungsverhältnis beeinträchtigt die Wechselverpflichtung nicht.

Nr. 3. 1. LeipzZ. **14** 407 f. (KG.). Auch durch die Angabe mehrerer Remittenten wird dem Erfordernisse der obigen Bestimmung genügt. Mit Rücksicht auf die Unteilbarkeit der Wechselobligation sind sie nicht als Gläubiger zu gleichen Rechten und Anteilen anzusehen, auch nicht — wenn sich aus dem Wechsel nichts anderes ergibt — als Gesamtgläubiger, sondern als gemeinschaftliche Gläubiger.

2. LeipzZ. **14** 1139 f. (KG.). Die Legitimation des Remittenten aus dem Wechselrechte bleibt trotz eines auf ihn lautenden unwirksamen Giros des Ausstellers bestehen.

3. OLG. **28** 405 (KG.). Bezeichnung des Remittenten. Der Wechsel ist unter Benutzung eines Vordrucks hergestellt. Der mechanisch hergestellte, den Zahlungsauftrag enthaltende Teil „Zahlen Sie an", ist insofern geändert, als das Wort „an" ausgestrichen und statt dessen die Worte hinzugefügt sind „von uns selbst". Diese Fassung des Wechsels ist überhaupt nicht verständlich und läßt auf keinen Fall erkennen, an wen gezahlt werden soll.

Nr. 4. OLG. **28** 406 (Hamburg). Unbefugte Änderung des Ausstellungs- und Fälligkeitsdatums vernichten die Wechselverbindlichkeit.

Nr. 5. 1. **RG.** ZAktWes. **14** 116 f., JW. **14** 934 f. Nr. 21. Die Unterschrift der Wechsel lautete: „Das Fürstlich Lynarsche Forst- und Rentamt, Köhler, Fürstlicher Rentmeister und Generalbevollmächtigter." Fürst Lynar wurde für haftbar erklärt. Der Name des Fürsten ist in der Bezeichnung des Ausstellers enthalten. Die Zusätze können nur dahin aufgefaßt werden, daß als Verwaltungsstelle das Fürstlich Lynarsche Forst- und Rentamt bezeichnet wird, das mit der Ausstellung befaßt gewesen ist.

2. SächsRpflA. **14** 141—143 (Dresden). Nach Art. 251 Ziff. 7 des seit dem 1. Januar 1883 geltenden Handelsgesetzbuchs des Königreichs Italien muß der Vorname des Wechselausstellers ausgeschrieben sein, es genügt nicht die Andeutung mit dem Anfangsbuchstaben.

Nr. 6. S. Nr. 4.

Nr. 7. 1. OLG. **28** 406 f. (München). Es muß materielle Identität zwischen dem Annehmenden und dem Bezogenen vorliegen. Aus dem Wechsel selbst braucht die Identität zwischen dem Bezogenen und dem Akzeptanten nicht ersichtlich zu sein.

2. SächsOLG. **35** 234 f., SeuffA. **69** 203 f. (Dresden). Die Annahme eines Wechsels durch eine andere Person als den Bezogenen hat die Unwirksamkeit des Wechsels zur Folge. Dieser Fall liegt auch dann vor, wenn mit der Firma einer offenen Handelsgesellschaft akzeptiert ist, während der Wechsel auf einen der Gesellschafter gezogen worden.

Nr. 8. PosMSchr. **14** 95 (Marienwerder). Die Angabe verschiedener Zahlungsorte in einem Überschriftvermerk und im Domizilvermerke des Wechsels macht den Wechsel dann nicht ungültig, wenn sich für die Auslegung des Wechselinhalts keinerlei Schwierigkeiten und Zweifel ergeben.

Art. 7. 1. **RG.** JW. **14** 475 f. Der Inhaber eines Wechsels wird durch den Umstand, daß seinem Vorgänger eine Einrede nach Art der zweiten Gruppe des Art. 82 WO. entgegensteht, nicht gehindert, den Anspruch in dem vor seinem Erwerbe des Wechsels eröffneten Konkurse des Akzeptanten geltend zu machen.

2. ÖstZBl. **14** 361 f. (OGH.). Der Nehmer eines Blankowechsels ist zu dessen Ausfüllung befugt. Das auf einen solchen Blankowechsel gesetzte Indossament ist voll wirksam.

Art. 10. S. Art. 7.

Art. 12. 1. **RG.** JW. **14** 533 Nr. 11, LeipzZ. **14** 862, BankA. **13** 345, HoldheimsMSchr. **14** 181. Namensschriften auf der Rückseite des Wechsels werden durch den Zusatz „Inhalt empfangen" ihrer Bedeutung als Indossamente nicht entkleidet.

2. Mansfeld, Auslegung wechselmäßiger Erklärungen. Legitimation, LeipzZ. **14** 1089—1095. Der Verf. erörtert folgenden Fall, in welchem **RG.** LeipzZ. **14** 862 die Legitimation des C. bejaht hat. „Auf der Rückseite eines von A. an eigene Order gezogenen Wechsels folgte auf das Blankoindossament des Ausstellers der Vermerk „Inhalt empfangen. Dr. jur. Max B."; dahinter kam das Blankogiro des Klägers C." Er wendet sich gegen die Entscheidung, die in dem Vermerke „Inhalt empfangen. Dr. jur. Max B." nicht allein eine Quittung, sondern daneben noch ein Blankoindossament erblickt. Diese Auslegung widerspreche dem Auslegungsgrundsatze des § 157 BGB., der — allein eingeschränkt durch Art. 21 Abs. 2 WO. — auch für das Wechselrecht gelte.

Art. 13. S. Art. 7.

Art. 16. OLG. **28** 408—410 (Rostock). Der Prokuraindossatar ist zwar nach Art. 17 WO. nur zu einem weiteren Prokuraindossamente befugt. Erteilt er aber ein Vollindossament, so ist es nicht ungültig, sondern es hat nur die Wirkung eines Prokuraindossaments. Auch durch den Charakter des Indossaments als eines solchen nach Verfall und Protest wird nach Art. 16 WO. die Aktivlegitimation nicht beeinträchtigt.

Art. 17. **RG.** JW. **14** 298 f. Nr. 6. Auch wenn die Wechsel nicht durch Prokuraindossament, sondern durch Vollindossament übertragen sind, begründen doch solche Indossamente, wenn sie nur zum Inkasso erteilt sind, kein materielles Gläubigerrecht.

Art. 18. Heuer, Über die Folgen der Hinzufügung bestimmter Präsentationsstunden auf einem gezogenen Wechsel. LeipzZ. **14** 561—564. Der Verf. erörtert im Anschluß an einen von Hamburger Gerichten entschiedenen Fall die verschiedenen möglichen Rechtsfolgen, die sich an die Hinzufügung bestimmter Präsentationsstunden auf einem gezogenen Wechsel knüpfen.

Art. 21. 1. LeipzZ. **14** 197 (KG.). § 181 BGB. ist nicht anwendbar auf die Akzeptierung eines Wechsels.

2. LeipzZ. **14** 408 (KG.). Im Falle des Zweifels, ob für eine Person oder eine Firma angenommen ist, muß von letzterem ausgegangen werden.

3. LeipzZ. **14** 197 f. (KG.). Voraussetzungen, unter welchen die Zustimmung des Mannes zur Wechselakzeptierung der Frau anzunehmen ist. Derjenige, welcher auf eine Kaufschuld Wechsel gibt, erschwert damit wesentlich seine rechtliche Stellung. Er setzt sich der Gefahr aus, auf Grund der abstrakten Verpflichtungskraft des Wechsels von gutgläubigen Dritten in Anspruch genommen zu werden. Die etwaige Zustimmung zur Vereinbarung von Teilzahlungen schloß also die zur Akzeptation von Wechseln nicht in sich. Daß der Beklagte vor dem Vertragsschlusse von dem Verlangen der Klägerin, daß Wechsel gegeben würden, Kenntnis gehabt hätte, behauptet die Klägerin selbst nicht.

4. ÖstZBl. **14** 362 (OGH.). Zeichnung des Vornamens und der Anfangsbuchstaben des Familiennamens genügt nicht. S. ferner Art. 4.

Art. 23. S. Artt. 4, 21.

Art. 36. LeipzZ. **14** 1058 f., BankA. **13** 345 (KG.). Der Zusammenhang des Klägers mit dem Aussteller an eigene Order ist unterbrochen, wenn der oberhalb des Namens des Ausstellers auf der Rückseite des Wechsels stehende Name des Bezogenen als ein Blankoindossament aufzufassen ist. S. ferner Artt. 7, 12.

Art. 39. 1. NaumbAK. **14** 41 (Naumburg). Die Aufrechnung seitens eines Wechselverpflichteten befreit die Vormänner des Aufrechnenden und den Akzep-

tanten nicht. Allerdings hat im Regelfalle die Zahlung oder sonstige Erfüllung der Wechselschuld durch einen Regreßschuldner, wenn auch nicht den Untergang der Verpflichtung der Vormänner, so doch insofern eine Veränderung der Schuld dieser Vormänner zur Folge, daß von jetzt ab die Ansprüche aus dem Wechsel auf den zahlenden Regreßschuldner übergehen und nun dieser, nicht aber noch der ursprüngliche Wechselgläubiger zur Erhebung dieser Ansprüche aktiv legitimiert ist. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt jedoch dann, wenn, wie hier, derjenige, der gezahlt oder sonst erfüllt hat, den bisherigen Gläubiger im Besitze des Wechsels beläßt. Dann ist anzunehmen, daß der Zahlende es dem bisherigen Gläubiger überlassen will, für ihn den bezahlten Betrag von den anderen Schuldnern wieder beizutreiben, und dann bleibt die Legitimation des bisherigen Gläubigers zur Einklagung des Wechsels gegen die Vormänner des Zahlenden unberührt.

2. **RG.** GruchotsBeitr. 58 1130—1133. Verpflichtung des Konkursgläubigers zur Vorlegung von Wechseln, die für eine Konkursforderung zahlungshalber gegeben sind (§§ 144, 151, 161, 167 KO.). Die Anmeldung und Feststellung der Forderung kann ohne Vorlegung des Wechsels erfolgen. Zu zahlen braucht aber der Konkursverwalter nur gegen Rückgabe des Wechsels.

Art. 42. OLG. 28 411 f. (KG.). Wirkung des Protesterlasses auf die Legitimation des Inhabers, der den nicht protestierten Wechsel einlöste. Zur Begründung des Anspruchs gehört der Nachweis, daß der Inhaber den Wechsel in Erfüllung einer Regreßpflicht eingelöst habe, also auch der Nachweis, daß der Wechsel bei Verfall vorgelegt worden sei. Hierzu genügt aber bis zum Beweise des Gegenteils die Tatsache, daß sich Wechsel und Protest im Besitze des Inhabers befinden und daß dieser als Vormann des Protestanten auf dem Wechsel erscheint.

Art. 43. ZBlFG. **14** 809 (Colmar). Wenn ein Wechsel domiziliert ist in Berlin, N.straße 145, während dieses Haus zur Stadtgemeinde Charlottenburg gehört, die zu den „benachbarten Orten" von Berlin im Sinne von Art. 91 a WO. zählt, so kann ein gültiger Protest auch in der Weise vorgenommen werden, daß der Protestbeamte beurkundet, das Haus N.straße 145 gehöre nicht zu Berlin und ein Geschäftslokal oder eine Wohnung des Domiziliaten in Berlin habe dem Beamten vom Polizeipräsidium nicht mitgeteilt werden können (Windprotest).

Art. 45. BadRpr. **14** 68 f. (Karlsruhe). Zur Begründung des Schadensersatzanspruchs aus Art. 45 WO. gehört der Nachweis, daß der Schaden durch die Unterlassung der Benachrichtigung entstanden ist.

Artt. 50, 51, 52. S. Artt. 4, 42.

Art. 55. OLG. 28 412 (Celle). Der Kläger, der den indossierten Wechsel besitzt, wird als dessen Eigentümer durch eine zusammenhängende Reihe von Indossamenten legitimiert. Die seine Legitimation störenden Indossamente der Nachmänner konnte er ebenso wie sein eigenes Indossament nach Art. 55 ausstreichen, nachdem er den Wechsel eingelöst hatte. Ob er diese Befugnis vor oder nach der Erhebung der Klage oder gar erst in der Berufungsinstanz ausgeübt hat, ist gleichgültig. Denn es handelt sich dabei um keinen rechtsbegründenden Akt, sondern um die Herstellung der äußeren Legitimation. Auch Klagänderung liegt nicht vor.

Artt. 61, 62. BreslauAK. 14 26—28 (Breslau). Wenn sich der Notadressat bei der ersten Vorlegung des noch nicht protestierten Wechsels bereit erklärt, zu intervenieren, muß der Wechselinhaber noch einmal versuchen, Zahlung von ihm zu erlangen, und die Erfolglosigkeit dieses Versuchs in einem besonderen Proteste beurkunden lassen, um sich den Regreß gegen den Aussteller und die Indossanten zu erhalten. Das hat aber seinen Grund darin, daß die erste Zahlungsaufforderung in diesem Falle keine ausreichende war, und daher auch die darüber aufgenommene Urkunde keinen den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Protest darstellt. Der Notadressat braucht nämlich nach Art. 63 WO. nur zu zahlen, wenn ihm der Wechsel

und der Protest mangels Zahlung ausgehändigt werden. Wenn ihm also der Protest bei der ersten Präsentation des Wechsels nicht mit vorgelegt werden kann, so ist noch keine Präsentation erfolgt, die geeignet wäre, den Regreß mangels Zahlung zu begründen, und in der Erklärung des Adressaten, daß er interveniere, liegt dann noch keine Zahlungsverweigerung, sondern im Gegenteil der Ausdruck der Bereitwilligkeit, bei ordnungsmäßiger Präsentation den Wechsel einzulösen. In diesem Falle ist mithin zur Erhaltung des Regresses die Aufnahme eines weiteren Protestes des Inhalts erforderlich, daß der Notadressat unter Vorlegung des Wechsels und des gegen den Akzeptanten erhobenen Protestes vergeblich zur Zahlung aufgefordert oder daß die Vorlegung vergeblich versucht worden sei. S. auch Art. 55.

Art. 68. *Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter 201 ff. Wenn der Inhaber mehrerer Wechselduplikate die Prima zur Annahme versendet, dabei auf der Sekunda den Namen des Verwahrers, bei dem die Prima anzutreffen ist, vermerkt und dann die Sekunda begibt, so wird der Nehmer der Sekunda sofort auch Eigentümer der Prima. Dieser in der Wechselordnung zwar nicht ausdrücklich enthaltene, aber auch nach allgemeiner Ansicht aus der Konstruktion des Wechselduplikats folgende Satz findet eine befriedigende Begründung nur in der Lehre von den Verfügungen zugunsten Dritter (vgl. oben zu § 328 BGB.).

Art. 74. **RG.** JW. **14** 877—879 Nr. 16. Eine Zahlung, die ein Wechselregreßschuldner dem Wechselinhaber leistet, hat nicht die Folge, daß das Wechselrecht des bisher Berechtigten erlischt und das des Regreßschuldners wieder auflebt; sie gibt dem zahlenden Regreßschuldner nur das Recht auf Auslieferung des Wechsels.

Art. 76. 1. LeipzZ. **14** 502 (KG.). Zur Beweislast beim Streite über die Verfälschung des Akzepts. Wenn sich die Wechselurkunde bei ihrer Vorlegung in erster Instanz als verdächtig darstellt, hat der Kläger die Beweislast für die Unrichtigkeit der Behauptung des Beklagten.

2. Ebenso SächsOLG. **35** 121 bezüglich der Beweispflicht für das Einverständnis des Wechselverpflichteten mit einer nachträglichen Abänderung des Verfalltags des Wechsels.

Art. 81. S. Artt. 4, 21.

Art. 82. I. Literatur. 1. Haußmann, Das Blankett, insbesondere der Blankettmißbrauch unter dem Gesichtspunkte des Rechtsscheinsprinzips, Gruchots Beitr. **58** 289—329 (317 f.). Dem Nehmer eines mißbräuchlich ausgefüllten Blanketts kann der Blankettmißbrauch nur in Gestalt einer in personam wirkenden exceptio doli, nicht als eine exceptio falsi entgegengehalten werden. Hiernach liegt bereits ein gewohnheitsrechtlich anerkannter Fall der extensiven Auslegung des Gesetzes zugunsten des gutgläubigen Erwerbers für den Fall des Wechselblanketts vor; denn lediglich aus dem Wortlaute des Gesetzes läßt sich nicht begründen, ob die Einrede der mißbräuchlichen Ausfüllung als „aus dem Wechselrechte selbst hervorgehend" (Art. 82 WO.) zu betrachten, also dem Tatbestande der Wechselfälschung gleichzusetzen ist oder nicht. Der Grund dieser Gewohnheitsrechtsbildung kann nur in der verschiedentlich bei der Begründung der dargelegten Ansicht wiederkehrenden Erwägung liegen, daß unter Berücksichtigung der Interessen des Wechselverkehrs „der Blankettgeber wegen der für ihn gefährlichen Art der Begebung die Gefahr der Ausfüllung übernehmen muß", führt also auf das Prinzip des Vertrauens auf den Rechtschein der Wechselurkunde zurück.

2. Mansfeld, Genehmigung gefälschter Unterschriften, LeipzZ. **14** 801—810. Der Verf. vertritt — entgegen der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur — die Rechtsauffassung, daß Fälschungen von demjenigen, dessen Namen mißbraucht worden, wirksam genehmigt werden können. Er wendet auf den Fälscher die Grundsätze „des Vertreters ohne Vertretungsmacht" an.

3. Adler, AÖstGZ. **14** 217—221, wendet sich in eingehender Begründung

gegen AÖstGZ. **14** 217 (ObGH., Plen.-Beschl.), die ausführt: Wer einen mit seinem Akzepte versehenen, jedoch mit der Unterschrift des Ausstellers noch nicht ausgefüllten Wechsel einem anderen übergibt, kann dem gutgläubigen Dritten, der die nicht ausgefüllte Urkunde von dem Nehmer erworben und nachträglich als Aussteller unterschrieben hat, Einwendungen aus der Person des ersten Nehmers nicht entgegensetzen.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 83** 97—104. Hat sich der Indossatar eines Wechsels zugleich die zugrunde liegende bürgerlich-rechtliche Forderung des Indossanten gegen den Wechselschuldner abtreten lassen, so ist er gegen Einwendungen des Wechselschuldners aus der Person des Indossanten nicht geschützt. Da das zivile Rechtsverhältnis durch die Zession auf den Indossatar ausgedehnt wird, handelt es sich bei den Einwendungen, auch wenn der Indossatar klagt, im Sinne der zweiten Gruppe des Art. 82 WO. um Einreden, die dem Schuldner unmittelbar gegen den Kläger zustehen. — Dagegen wendet sich Adler, DJZ. **14** 620 f.

2. **RG.** LeipzZ. **14** 753 f. Hat der Kläger die ursprünglichen Wechsel durch Diskontierung erworben, ohne an dem zugrunde liegenden Warengeschäft interessiert zu sein, und sich nachträglich zu seiner Sicherheit die materiellen Ansprüche abtreten lassen, so können ihm Einreden aus dem materiellen Rechtsverhältnisse nicht entgegengehalten werden.

3. **RG.** DJZ. **14** 630. Dringt ein Wechselinhaber gegen den Schuldner nicht durch, weil sich dieser auf seine persönlichen Beziehungen zum Inhaber oder dessen Vorgänger berufen darf, so hat dies mit der Wirksamkeit des Wechselskripturakts nichts zu schaffen. Die nur durch Gegenwirkung gehemmte Wirkung tritt vielmehr sofort wieder in Kraft, sobald das Papier in andere Hände gelangt. Einreden nach der Art der zweiten Gruppe des § 82 WO. sichern den Wechselinhaber nicht für immer, sondern nur so lange, als der betreffende Inhaber den Wechsel besitzt.

4. **RG.** DJZ. **14** 1302 f., LeipzZ. **14** 1031 f. Einwendungen gegen den Wechselanspruch aus § 826 BGB. Es genügt schon das Bewußtsein des Täters, daß seine Handlung eine schädliche Handlung sein könne, wenn er diesen möglichen Erfolg in seinen Willen aufgenommen und für den Fall seines Eintritts gebilligt hat.

5. SächsOLG. **35** 158 (Dresden). Der Einwand der Arglist ist dem Wechselkläger gegenüber dann begründet, wenn er das Akzept der offenen Handelsgesellschaft in Kenntnis der Tatsache, daß der Teilhaber derselben zum Nachteile des anderen Teilhabers und damit zum Schaden der Gesellschaft deren Firma zu seinen Privatzwecken bei der Akzeptierung gemißbraucht hatte, diesem abgefordert und von ihm in Empfang genommen hat.

6. SächsOLG. **35** 228—231 (Dresden). Auch bei Hingabe eines Blankoakzepts können dem gutgläubigen Erwerber Einwendungen gegenüber dem Wechselanspruche nur gemäß Art. 82 WO. entgegengesetzt werden.

7. OLG. **28** 416 (KG.). Auch der Einziehungsindossatar klagt aus seinem eigenen Rechte. Das Indossament gibt ihm, wenigstens Dritten gegenüber, nicht nur eine Vollmacht, wie das Prokuraindossament, sondern Eigentum am Wechsel. Die Gegenforderung und die Aufrechnung kann daher ihm gegenüber nicht als Einrede der Aufrechnung, sondern nur aus dem Gesichtspunkte der Arglist entgegengesetzt werden.

8. OLG. **28** 408—410 (Rostock). Hat der Käufer einen Wechsel zur Erfüllung seiner Zahlungspflicht gegeben, so zeigt die Hingabe eines Wechsels mit bestimmtem Verfalltage, daß der Verkäufer an diesem Tage den Wechselbetrag erhalten soll, ohne Rücksicht darauf, ob die Gegenleistung bereits erfolgt ist; der Wechselschuldner kann grundsätzlich nur vorbringen, daß seine Zahlungspflicht in Wahrheit nicht entstanden oder daß sie nachträglich erloschen sei.

Art. 85. SächsRpflA. **14** 141—143 (Dresden). Für die Inländereigenschaft Wechselbeteiligter im Falle des Art. 85 Schlußsatz WO. trifft den Kläger die Beweislast.

Art. 88. S. Art. 43.
Art. 91 a. S. Art. 43.
Art. 94. S. Art. 21.
Art. 95. 1. *Hagemann, LeipzZ. **14** 1001—1009. Aus Art. 95 haftet auch der Vertreter ohne Vertretungsmacht, der den Wechsel nur mit dem Namen des Vertretenen gezeichnet hat. Gegen die abweichende herrschende Ansicht, die in diesem Falle die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes anwenden will, spricht, daß ihre Ergebnisse davon abhängen, welche Wechseltheorie für richtig gehalten wird. Z. B. würde nach der sogen. Kreationstheorie, die die Wechselverpflichtung durch eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Handlung des Schuldners entstehen läßt, der falsus procurator überhaupt nicht haften (vgl. § 180 Satz 1 BGB.). Die hier vertretene Meinung hat den Wortlaut des Gesetzes und das praktische Bedürfnis für sich. Mit dem Wesen des Wechsels als einer Skripturobligation steht sie nicht im Widerspruche. — Gegen den vollmachtlosen Wechselzeichner kann freilich im Wege des Wechselprozesses nicht vorgegangen werden.

2. OLG. **28** 414 f. (Hamburg). Der Vertreter ohne Vertretungsmacht haftet nur dann nach Art. 95 wechselmäßig, wenn er neben dem Namen des Vertretenen seinen eigenen Namen auf den Wechsel geschrieben hat.

Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Vorbemerkung: Von den im Jahre 1914 ergangenen Entscheidungen des RG. sind hervorzuheben **RG. 83** 256 (vgl. § 2) über die Wirkung einer bedingten Beitrittserklärung, **RG. 83** 216 (§ 3) über die Frage, welche Verpflichtungen den Gesellschaftern in dem Gesellschaftsvertrag auferlegt werden müssen und für welche Pflicht die Begründung in einem selbständigen Nebenvertrage zulässig ist, **RG. 84** 75 (vgl. § 16) über die Haftung für rückständige Leistungen bei Veräußerung eines Geschäftsanteils, ferner das von Liebmann bekämpfte, bei § 16 abgedruckte Urteil **RG. 83** 170, das die Frage behandelt, ob eine vor Eintragung der Gesellschaft geleistete Einzahlung von mehr als ein Viertel der Stammeinlage von der GmbH. anerkannt werden müsse, wenn die Einzahlung nicht in ihr Vermögen gelangte. Gegen die Rechtsprechung des RG., das die Anfechtbarkeit einer Beitrittserklärung auch dann für zulässig erklärt, wenn die Anfechtungserklärung vor Eintragung in das Handelsregister erfolgte, haben sich verschiedene Stimmen (vgl. § 2) erhoben. Ebenso hat die Frage der Haftung der Gesellschafter bei verschiedenen Emissionen, ob also bei Kapitalserhöhungen die neueintretenden Gesellschafter auch für Rückstände des ursprünglichen Stammkapitals und andererseits die ursprünglichen Gesellschafter für die bei der Kapitalserhöhung entstehenden Fehlbeträge haften, in der Literatur zu mehrfachen, zum Teil die Ansicht des RG. bekämpfenden Aufsätzen geführt, die bei § 24 zusammengestellt sind. Eine bisher vom RG. noch nicht entschiedene Frage, nämlich die nach der Übertragbarkeit der Ansprüche aus § 24 Abs. 2 behandelt ein Urteil des BayObLG. Über das Verfahren bei Wiedereröffnung der Liquidation (Anwendung des § 302 Abs. 4 HGB., Wiedereintreten des früheren Liquidators, Beschwerderecht des bisherigen Liquidators) äußert sich (§ 74) eine Entscheidung des KG. Endlich seien noch hervorgehoben die bei § 17 abgedruckten Urteile über die Genehmigung der Gesellschaft zur Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils.

Allgemeines.

Zur Reform der GmbH. a) Holländer, GoldschmidtsZ. **67** 65, bespricht die verschiedenen zur Sicherung der Kreditbasis der GmbH. gemachten

Reformvorschläge. Er wendet sich in erster Linie gegen Dalberg, der die Berücksichtigung idealer, fiktiver Werte (z. B. Kundschaft eines Geschäfts) bei Bezifferung des Stammkapitals überhaupt ausschließen will. Abgesehen davon daß man auch bei der Aktiengesellschaft die Einbringung idealer Werte nicht verboten habe spreche gegen Dalbergs Vorschlag die Schwierigkeit, die idealen Werte von den anderen im einzelnen scharf zu scheiden, sowie der Umstand, daß durch ein solches Verbot gerade die Verwertung von Erfindungen erschwert werden würde, die durch das jetzige Gesetz zum Vorteile der Volkswirtschaft begünstigt ist. Dagegen solle man von den GmbH. gesetzlich verlangen, daß sie sich niemals auf ihr Stammkapital berufen, ohne den Teil des Kapitals, der durch Sacheinlagen gedeckt sei, gesondert anzugeben. Was den von verschiedenen Seiten gemachten Vorschlag anlangt, die Schutzvorschriften des Aktienrechts bei Sachgründung ganz oder teilweise in das Recht der GmbH. zu übernehmen und die Veröffentlichung der Bilanz vorzuschreiben, so hält Verf. die Übernahme der Vorschriften über den Gründerbericht insoweit für angezeigt, daß der Gründerbericht, nachdem das Gericht ihn auf seine formale Ordnungsmäßigkeit geprüft hat, verschlossen bei den Akten liegen bleibe und ein Zugänglichmachen für die Öffentlichkeit erst eintrete, wenn der Konkurs wegen Mangels einer Masse abgelehnt oder die Liquidation begonnen ist. Eine für das GmbH.-Recht verwertbare Umgestaltung der Vorschriften des Aktienrechts über die Revision sei nicht möglich. Die Veröffentlichung der Bilanz, die das GmbHG. nur für die Bankgeschäfte betreibenden Gesellschaften kenne, könne vielleicht allen GmbH. zur Pflicht gemacht werden, die sich mit Vermögensverwaltungen, Liquidationen und ähnlichen Geschäften befassen. Da bei den GmbH. trotz der beschränkten Haftung die Person der Gesellschafter für die Kreditgewährung maßgebend sei, empfehle sich im Interesse der Gläubiger die Einführung eines, sei es von der GmbH. selbst oder vom Gerichte zu führenden mit öffentlichem Glauben versehenen und für jeden der sein rechtliches Interesse nachweise, zugänglichen Anteilsbuchs, in das alle Übertragungen von Geschäftsanteilen einzutragen seien. Die Übernahme der strengen Bilanzgrundsätze, wie sie § 23 ÖstG. aufstellt, hält Verf. nicht für veranlaßt, wohl aber konform dem österreichischen Rechte eine weitere Beschränkung der Möglichkeit für die GmbH., eigene Geschäftsanteile zu erwerben. In Übereinstimmung mit § 82 ÖstG. tritt Verf. ferner bezüglich der Verteilung des Reingewinns dafür ein, daß der nach der Bilanz sich ergebende Gewinn in einem der erlittenen Schmälerung des Vermögens entsprechenden Betrage von der Verteilung auszuschließen und auf neue Rechnung zu übertragen ist, wenn dem Geschäftsführer oder Aufsichtsrat in der Zeit zwischen dem Schlusse des Geschäftsjahrs und der Beschlußfassung der Gesellschafter über den Rechnungsabschluß bekannt wird, daß der Vermögensstand nicht bloß vorübergehend geschmälert ist. Im Interesse der Gläubiger erscheint es Holländer noch weiter geboten, den Gläubigern Kenntnis zu geben, sobald ein beträchtlicher Teil des Stammkapitals verloren gegangen ist. Der Zweck einer Kapitalsherabsetzung wäre zweckdienlich zum Gesellschaftsregister zu veröffentlichen. Notwendig sei ferner auch eine Reform des Liquidationsverfahrens, insbesondere sei durch größeren Einfluß der Gläubiger auf die Liquidation die gleichmäßige Befriedigung sämtlicher Gläubiger sicherzustellen. Einstellung des Gewerbebetriebs müsse Anlaß zu einer Löschung der Firma von Amts wegen sein. Daneben seien noch eine Reihe von Maßregeln angezeigt, um die persönliche Haftung der Gründer und Gesellschafter zu erweitern. So müßten die Gesellschafter für die Einbringung von Sacheinlagen ebenso haften, wie sie es jetzt nach § 24 für Geldeinlagen tun; man müsse weiter die Mitbegründer für den Wert der Sacheinlagen haften lassen; die Haftung der ausgeschiedenen Gesellschafter

müsse erweitert, eine Haftung sämtlicher Gründer dafür eingeführt werden, daß 25 pCt. der Geldeinlage tatsächlich bei der Anmeldung eingezahlt sind. Von einer Hinaufsetzung des Mindeststammkapitals will Verf. nichts wissen, doch hält er es für angebracht, von Gesellschaften mit geringem Stammkapitale zu verlangen, daß 50 pCt. des Kapitals bei Anmeldung eingezahlt sind. Auch soll solchen Gesellschaften die Führung einer Sachfirma verboten werden. Ratsam sei endlich noch eine Beschränkung der Zahl der Gesellschafter. **b)** BauersZ. 22 87.

Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft.

§ 2. Gründung der Gesellschaft. 1. Bedingte Beitrittserklärung. **RG. 83** 256, BauersZ. **21** 134, LeipzZ. **14** 375, R. **14** Nr. 254, 255, PosMSchr. **14** 141, DNotV. **14** 743. Die einer Beitrittserklärung beigefügte Bedingung — so die Erklärung, auch die Anteile der etwa nicht Beitretenden zu übernehmen — ist, mag es sich um eine aufschiebende oder auflösende Bedingung handeln, unzulässig und macht die Beitrittserklärung selbst unwirksam. Da bei der gedachten Bedingung der § 3 Abs. 1 Nr. 4 nicht erfüllt ist, so hat dies in solchem Falle die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags selbst zur Folge. Trotz der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags sind aber die Einzahlungsversprecher zur Zahlung verpflichtet; denn sie können sich nicht darauf berufen, daß ihr Einzahlungsversprechen nichtig sei, weil die Übernahmeerklärungen hinsichtlich der Anteile der etwa nicht Beitretenden unter einer Bedingung abgegeben worden seien. Denn mit Rücksicht auf das Interesse der Allgemeinheit muß (ebenso wie dies bezüglich der Anfechtung einer Beitrittserklärung der Fall ist) dem Gesellschafter die Möglichkeit versagt werden, seine Haftung für die versprochenen Einlagen mit der Behauptung abzulehnen, die Einzahlung sei nur bedingt versprochen.

2. Anfechtbarkeit der Beitrittserklärung. **a)** Moos, JW. **14** 506. Das RG. hat in JW. **13** 1042 (vgl. JDR. **12** 1016 § 55) den Grundsatz von der Unanfechtbarkeit der Beitrittserklärung erweitert und die Anfechtbarkeit nach vollzogener Eintragung der GmbH. grundsätzlich auch dann ausgeschlossen, wenn die Anfechtungserklärung der Eintragung in das Handelsregister vorausging. Der Grund für die Unanfechtbarkeit der Beitrittserklärung wird aus den Interessen der Allgemeinheit abgeleitet, die verlangen, daß die einmal deklarierte Kapitalsgrundlage nicht wieder rückgängig gemacht werde. Ebenso schon Staub, HoldheimsMSchr. **01** 135. AM. Staub-Hachenburg S. 47 § 2 Anm. 34. Bei der Zulassung der Anfechtung vor der Eintragung fällt aber der Grund des RG. weg; denn es wird eine seltene Ausnahme bleiben, daß trotz erfolgter Anfechtung die Gesellschaft mit dem ursprünglich deklarierten Stammkapital eingetragen wird. Ein zwingendes Bedürfnis zum Ausschlusse der Anfechtbarkeit besteht daher für diesen Fall nicht. Auf eine analoge Anwendung des § 123 Abs. 2 BGB. kann der Ausschluß der Anfechtung nicht gestützt werden; denn vor der Eintragung ist die Errichtung der Gesellschaft ein interner Vorgang. Die Anfechtung vor der Eintragung hat die Wirkung, daß den Geschäftsführern die Ermächtigung zur Kundgebung des Beitritts an die Allgemeinheit vor dem Wirksamwerden wieder entzogen wird. Wird eine angefochtene Beitrittserklärung trotzdem bei der Anmeldung zum Handelsregister benutzt, so liegt die Sachlage genau so, als ob der Beigetretene niemals seine Ermächtigung gegeben hätte. Der Grundsatz von der Unanfechtbarkeit der Beitrittserklärung erleidet noch eine weitere Ausnahme insoweit, als jede Beitrittserklärung unbeschadet der Fortdauer der Haftung nach außen auch nach Eintragung im internen Verhältnis unter den Gesellschaftern angefochten werden kann. Bei einer solchen Anfechtung entstehen Zweifel, wie weit

sich die Beitrittserklärung nach außen oder nach innen richtet. Die Kollektivhaftung aus § 24 GmbHG. wird durch eine solche interne Anfechtung nicht beseitigt. Dagegen wird eine eventuelle Nachschußverpflichtung nach §§ 26 ff. durch die Anfechtung beseitigt, und ebenso sind die nach § 3 Abs. 2 möglichen Nebenleistungsverpflichtungen als interne Verpflichtungen anzusehen und deshalb anfechtbar. b) Plum, R. **14** 325, hält gleichfalls die Auffassung des **RG.** **82** 375, daß die Anfechtung der Beitrittserklärung wegen Irrtums, Betrugs oder Zwanges auch dann wirkungslos sei, wenn die Anfechtungserklärung vor Eintragung des ursprünglichen oder geänderten Gesellschaftsvertrags erfolgt sei, für verfehlt; denn solange die Beitrittserklärung noch nicht in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht sei, sei sie der Allgemeinheit gegenüber noch nicht abgegeben und damit auch noch keine Haftbarmachung der Allgemeinheit gegenüber erfolgt. c) **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 269. Die Erwerbung eines irrigerweise für vollbezahlt gehaltenen, in Wirklichkeit nur zum Teil bezahlten Geschäftsanteils kann nicht nach § 119 BGB. wegen Irrtums angefochten werden.

3. Sukzessivgründung. **RG.** BauersZ. **21** 134, R. **14** Nr. 250. Bei der GmbH. ist die Sukzessivgründung ausgeschlossen. Die Verletzung dieser Vorschrift begründet die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags. Zwar ist die Vorschrift im § 75 G. nicht ausdrücklich erwähnt, sie wird aber durch dessen Fassung als selbstverständlich mitumschlossen.

4. Über die Gültigkeit von Abreden in dem Vorvertrage betreffend die Gründung einer GmbH. **RG.** BauersZ. **21** 135. Der Vorgründungsvertrag bedarf nach § 2 G. zur Rechtsgültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Form. Zwar mag es Fälle geben, in denen es den Gesellschaftern gestattet ist, untereinander in formloser Weise gesellschaftliche Abmachungen gemäß §§ 705 ff. BGB. rechtsgültig zu treffen, die ihr Verhältnis in bezug auf eine bestehende oder zu errichtende GmbH. regeln sollen, und es mag auch möglich sein, daß die Gesellschafter gegenseitig gewisse Verpflichtungen in dieser Weise übernehmen, ohne die Form des § 3 zu beobachten, soweit es sich hierbei nicht um eine Umgehung des Gesetzes handelt und insbesondere nicht die Gesellschaft selbst aus einer derartigen Vereinbarung irgendein Recht erwerben soll. Dagegen kann in Fällen, in denen es sich um eine Vereinbarung handelt, die nicht bloß eine Verpflichtung der Gesellschafter untereinander erzwingen soll, sondern Bestimmungen darüber trifft, in welcher Weise die Gesellschafter Einlagen, die nicht in Geld zu machen sind, auf das Stammkapital machen sollen, dies nur in der im § 5 Abs. 4 festgesetzten Weise, also im Gesellschaftsvertrage selbst rechtsgültig vereinbart werden.

5. **RG.** BauersZ. **22** 12, LeipzZ. **14** 1370, R. **14** Nr. 1348. Ein Vertrag wonach die Stammanteile einzelner Teilnehmer ganz oder teilweise durch die von ihnen für die Gründung der Gesellschaft geleisteten Dienste als bezahlt gelten sollen (Gründerlohn), ist wegen dieses Inhalts nicht nichtig. Er besteht zu Recht, bedarf aber der Abänderung. Beschließen also die Gesellschafter nachträglich, weil das Registergericht die Eintragung des Vertrags ablehnte, einstimmig, daß jeder Gesellschafter seine Einlage bar einzubezahlen hat, so wird nicht ein nichtiger Vertrag bestätigt, sondern nur ein noch zu Recht bestehender Vertrag in einem Punkte abgeändert. Die vor der Abänderung des Vertrags erfolgten Beitritts- und Abtretungserklärungen bestehen deshalb zu Recht. Die Einzahlungen, die vor der Änderung eines solchen Vertrags von Teilerwerbern einzelner Geschäftsanteile geleistet worden sind, können, wenn das Geld der demnächst errichteten GmbH. zugeführt ist, nicht nach § 11 GmbHG. und § 812 BGB. von den vor der Errichtung der GmbH. als Geschäftsführer und Aufsichtspersonen tätig gewesenen Personen zurückgefordert werden.

§ 3. Inhalt des Gesellschaftsvertrags. Nebenleistungen. 1. Unterschied des § 3 Abs. 2 von § 212 HGB. **RG. 83** 216, JW. **14** 94, HoldheimsMSchr. **14** 51, DNotV. **14** 745. § 3 Abs. 2 läßt im Gegensatze zu § 212 HGB. jede Art von Nebenverpflichtungen zu. Daß diese Nebenverpflichtungen nicht in Geld bestehende Leistungen zum Gegenstande haben müßten, ist nirgends vorgeschrieben.

2. Gesellschaftliche Verpflichtungen. **RG. 83** 216, JW. **14** 94, BauersZ. **21** 136, LeipzZ. **14** 176, DNotV. **14** 744, HoldheimsMSchr. **14** 51. Die im § 3 Abs. 2 erwähnten Leistungen können, soweit sie gesellschaftlicher Natur sind, nur im Gesellschaftsvertrag auferlegt oder übernommen werden. Nur wenn solche Leistungen in selbständigen Nebenverträgen nicht als gesellschaftliche übernommen werden, bedürfen die Vereinbarungen keiner Form (**RG. 79** 332; vgl. JDR. **12** § 3 Abs. 2). Dafür, ob die Verpflichtungen, die die Gesellschafter einer GmbH. nachträglich übernommen haben, in das gesellschaftliche Verhältnis einzuordnen und daher als Änderungen des Gesellschaftsvertrags in die Form der §§ 53, 54 G. zu bringen sind, oder ob sie als selbständige, keiner Form bedürftige Nebenverträge rein schuldrechtlicher Art zu gelten haben, entscheidet der innere Zusammenhang mit den gesellschaftlichen Rechten und Pflichten, wie sie sich als wesentliche Bestandteile des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags darstellen. An und für sich steht nichts entgegen, daß die Gesellschafter unter sich zugunsten der GmbH. ohne jeden Zusammenhang mit dem Gesellschaftsvertrag und unabhängig von ihren gesellschaftlichen Rechten und Pflichten in einem selbständigen Nebenvertrage vereinbaren, der GmbH. gewisse Zuschüsse zu machen oder gewisse Gesellschaftsschulden zu zahlen, z. B. sich zur Deckung einer Unterbilanz mittels Einbehaltens ihrer Gewinnanteile verpflichten. Daß diese Vereinbarung in die Form eines Gesellschaftsbeschlusses gekleidet ist, ändert nichts. Gewinnbeteiligt sind die Gesellschafter zwar nur kraft Gesellschaftsrechts. Daraus folgt jedoch nicht, daß sie die Tilgungspflicht nur als gesellschaftliche Verpflichtung hätten übernehmen können. Ihren Anspruch auf den durch den Gesellschaftsvertrag gewährleisteten Gewinnanteil haben die Gesellschafter nicht aufgegeben, sie haben ihn ungeschmälert behalten. Sie ließen nur den auf sie entfallenden Gewinnbetrag eine gewisse Zeit zur Deckung der Unterbilanz verwenden. Sie haben also nicht über ihre Ansprüche, sondern nur über deren Erträgnisse vorübergehend verfügt.

3. BauersZ. **21** 208. Bilden die Lieferungsverträge keinen Bestandteil des Gesellschaftsvertrags, sondern sind die Lieferungsverpflichtungen außerhalb des Gesellschaftsvertrags völlig selbständig geregelt, so daß sie den Gesellschaftern nicht als Verpflichtungen gesellschaftlicher Art auferlegt worden sind, dann hat das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft auf den Lieferungsvertrag keinen Einfluß. Vgl. oben zu § 705 BGB. unter Kartelle.

§ 4. Firma. Markus, HoldheimsMSchr. **14** 26, wendet sich gegen das der GmbH. zustehende Recht, ihre Firma beliebig, wenn nur dem § 4 entsprechend, zu ändern.

§ 5. Sacheinlage. 1. Lizenz als Sacheinlage. **RG.** BauersZ. **21** 209, HoldheimsMSchr. **14** 50, R. **13** Nr. 3063, DNotV. **14** 745. Daß eine Lizenz, die in eine GmbH. als Sacheinlage eingebracht werden soll, seitens der Gesellschaft frei übertragbar sein müsse, verlangt das Gesetz nicht. Das Erfordernis der Übertragbarkeit betrifft nur die Zulässigkeit der Übertragung an die Gesellschaft; ein an die Person des Einbringenden gebundenes Recht ist nicht einlagefähig. Wohl aber kann das Recht, ein Patent oder ein Gebrauchsmuster für einen bestimmten Raum und für eine bestimmte Dauer zu benützen, als einfache oder ausschließliche

Lizenz, wie auch ein örtlich begrenztes und daher nur obligatorisch wirksames Recht zum Gebrauch eines Warenzeichens als Sacheinlage dienen.

2. Nachträglicher Umtausch von Sacheinlagen. BauersZ. **21** 274. Bei Gründung der GmbH. bewirkte und im Gesellschaftsvertrage festgesetzte Sacheinlagen stellen nicht etwas Unabänderliches dar; jedoch wird vorausgesetzt, daß wenn etwas anderes an Stelle der satzungsgemäßen Einlagen treten soll, dies in der gesetzlichen Form geschieht. Weil eine Änderung des Gesellschaftsvertrags damit verknüpft ist, bedarf es zum mindesten eines mit drei Viertel der abgegebenen Stimmen gefaßten Beschlusses, der gerichtlich oder notariell zu beurkunden und in das Handelsregister einzutragen ist. Auf diese Weise kann dem Einleger seine ursprüngliche Sacheinlage gegen Leistung einer anderen oder einer Barzahlung zurückgegeben, es kann dem Gesellschafter, der seine Einlage in bar aufzubringen hatte, gestattet werden, für die restigen 75 pCt. Sacheinlagen zu machen. Vgl. unten § 53 (Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 125).

3. Haftung des Gesellschafters für den Wert der von ihm eingebrachten Sachen. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 70. Vgl. JDR. **12** § 5 Ziff. 3.

4. **RG. 84** 332, JW. **14** 591, LeipzZ. **14** 1020, HoldheimsMSchr. **14** 208, BauersZ. **21** 253, R. **14** Nr. 1349. Vorsätzliche Schädigung einer GmbH. durch einen Dritten, der arglistig die Einbringung nicht vorhandener Rechte durch den gutgläubigen Gründer herbeiführt. Das Recht der GmbH. auf die dem Gesellschaftsvertrag entsprechenden Geld- und Sacheinlagen, die ihr schon vor der Eintragung in das Handelsregister zur Verfügung gestellt sein müssen, entsteht kraft Gesetzes mit der Gesellschaft selbst, d. h. mit ihrer Eintragung. Hat die Gesellschaft diese Einlagen nicht zur Verfügung, so erleidet sie einen Ausfall an dem ihr zustehenden Vermögen. Wer es verursacht, daß sie in einer Weise gegründet wird, die solchen Ausfall mit sich bringt, schädigt die Gesellschaft; führt er diesen Erfolg vorsätzlich in sittenwidriger Weise herbei, so haftet er nach § 826 BGB.

§ 7. Anmeldung zur Eintragung. **RG.** BauersZ. **21** 160, GoltdA. **61** 349, LeipzZ. **14** 398, DNotV. **14** 746. Der stellvertretende Geschäftsführer hat die GmbH. zum Handelsregister mitanzumelden. Eine von ihm hierbei abgegebene falsche Versicherung ist strafbar.

§ 8. Abs. 2. 1. **RG.** ZAktWes. **14** 24. Ein Grundstück als Sacheinlage steht dann nicht zur freien Verfügung des Geschäftsführers, wenn jederzeit die Möglichkeit der Kündigung der auf dem Grundstücke lastenden Hypotheken und eines eventuell daraus resultierenden Zwangsverkaufs vorliegt.

2. **RG.** R. **14** Nr. 535. Aus § 7 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 folgt, daß der geschäftsführende Gesellschafter der bürgerlich-rechtlichen Gründungsgesellschaft nur die Befugnis hat, das zur Anmeldung erforderliche eine Viertel der Stammeinlage für die anzumeldende und zu errichtende Gesellschaft in Empfang zu nehmen, daß er aber auch über dieses eine Viertel nicht frei verfügen darf, vielmehr solches nur so zu verwalten hat, daß dasselbe sich noch zur Zeit der Anmeldung zu seiner freien Verfügung in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der zu errichtenden GmbH. befindet. Die Verpflichtung der Gesellschafter zur Zahlung der weiteren drei Viertel ist durch die Eintragung der GmbH. bedingt. Vgl. § 11 Ziff. 5 a.

§ 11. Die Gesellschaft vor der Eintragung. 1. Eckstein, HoldheimsMSchr. **14** 177, vertritt die analoge Anwendung der Haftungsvorschriften des § 11 auf den Fall, wenn die Gründung eines neuen Unternehmens nicht in Form einer Neugründung, sondern einer Umgründung einer schon bestehenden GmbH. (Namensänderung, Änderung des Gegenstandes des Unternehmens) erfolgt. Der Begriff der Neugründung richtet sich nach wirtschaftlichem Maßstabe;

unzulässig, eine wirtschaftliche Neugründung durch eine Umgründung oder Namensänderung zu verschleiern.

2. Roth, HoldheimsMSchr. **14** 193. Derjenige — im engeren Sinne nicht handelnde — Gesellschafter, der die Handlung eines anderen Gesellschafters oder des Geschäftsführers nachträglich genehmigt und somit als seine Handlung gelten lassen will, haftet nicht als „Handelnder" im Sinne des § 11 Abs. 2.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2748. Um die Bindung der Gesellschaft an einen von ihrem späteren Geschäftsführer vor ihrer Gründung abgeschlossenen Vertrag herbeizuführen, bedarf es nicht eines nochmaligen ausdrücklichen Vertragsschlusses. Es genügt vielmehr, sofern kein formbedürftiges Rechtsgeschäft in Frage steht, nach allgemeinen Grundsätzen, wenn die Beteiligten nach der Eintragung der Gesellschaft durch ihr Verhalten unzweideutig zu erkennen geben, daß das Vereinbarte Geltung haben soll.

4. Gültigkeit von Abreden in dem Vorvertrag über Gründung einer GmbH. vgl. § 2 Ziff. 4.

5. Zahlung der Stammeinlage vor Eintragung der Gesellschaft. a) **RG. 83** 370, JW. **14** 308, BayerZ. **21** 182, DJZ. **14** 306, LeipzZ. **14** 566, R. **14** Nr. 535, 536. Anerkannten Rechtes (**RG. 58** 55) wird durch den notariellen Abschluß des Gesellschaftsvertrags über die Gründung einer GmbH. unter den Gesellschaftern eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ins Leben gerufen. Aus dem Zwecke dieser Gesellschaft folgt, daß sie und ihr in dem Vertrag berufener geschäftsführender Gesellschafter, der zugleich zum Geschäftsführer der künftigen GmbH. designiert ist, in der Zeit zwischen dem Vertragsabschlusse und der Eintragung nur zu solchen Rechtsakten berufen ist, die mit dem Zwecke, die GmbH. ins Leben zu bringen, in Verbindung stehen und, soweit der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt, auch zur Erreichung dieses Zweckes notwendig sind und daß deshalb auch die Rechte und Pflichten, die aus den Rechtsakten des Geschäftsführers der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes für und gegen diese entstehen, nur dann über die Auflösung dieser Gesellschaft hinaus auch die GmbH. berechtigen und verpflichten, wenn ihre Vornahme zur Begründung dieser Gesellschaft notwendig war. Hieraus ergibt sich, daß Zahlungen auf die Stammeinlage, soweit sie nach §§ 7, 8 notwendig sind, um die Eintragung der GmbH. zu erwirken, von der GmbH. als zu ihren Lasten geschehen anerkannt werden müssen, wenn sie in der Zwischenzeit zwischen Abschluß des Gesellschaftsvertrags und Eintragung gemacht sind. Dagegen besteht eine Verpflichtung der GmbH. zur Anerkennung der an den geschäftsführenden Gesellschafter der Gesellschaft über den zur Anmeldung notwendigen Betrag hinaus gemachten Zahlungen im allgemeinen nicht, vielmehr wird diese erst durch die Tatsache begründet, daß die Leistung als Stammeinlagezahlung nach erfolgter Eintragung der GmbH. noch in Geld in ihr Vermögen gelangt. Vgl. § 7. **b)** Hiergegen Liebmann, DJZ. **14** 561. Die Entscheidung des RG. führe dahin, daß der Gesellschafter durch jede Einzahlung über den vierten Teil der Stammeinlage hinaus nicht befreit werde und haftbar bleibe, wenn die zum Geschäftsführer bestellte Persönlichkeit den Mehrbetrag nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nicht mehr unversehrt in Händen habe. Die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2, daß ihm die Einzahlung zur freien Verfügung stehe, dürfe also folgerecht sich auch nur auf das Viertel erstrecken, da er den Rest nicht in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer besitze. Die Auffassung des RG. lasse sich nur dann aus dem Wortlaute des Gesetzes herleiten, wenn § 7 Abs. 2 dahin verstanden werde, daß überhaupt nicht mehr als das Viertel einbezahlt werden dürfe. Mit einer solchen Auslegung stehe die Praxis in Widerspruch.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 13. Rechtsstellung der Gesellschaft im allgemeinen. 1. BayerZ. **21** 208. Der allgemeine Gerichtsstand der GmbH. wird nach § 17 ZPO. durch ihren statutarischen Sitz bestimmt, aber nicht durch den Ort, wo die Verwaltung geführt wird; denn der Ort der Verwaltung gilt nur dann als Sitz, wenn nicht ein anderes erhellt; er kann bei einer GmbH. als Sitz deshalb nicht gelten, weil nach § 3 der Gesellschaftssitz im Gesellschaftsvertrag genannt sein muß.

2. **RG.** BayerZ. **21** 11. Die GmbH. kann nicht auf ihre Selbständigkeit verzichten und ihre Organe zugunsten eines Dritten ausschalten. Der von der beklagten Gesellschaft als unsittlich bezeichnete Vertrag hatte bestimmt, daß die Beklagte in allen Fällen, in denen der Geschäftsführer, Aufsichtsrat oder Mitgliederversammlung mitzuwirken hatte, die von der Klägerin gewünschten Beschlüsse bei Meidung einer Vertragsstrafe zu fassen habe; die Klägerin hatte auch das Recht, unter gewissen Bedingungen Dritte zum Gesellschaftsverhältnisse hinzuzuziehen, während der Beklagten dies Recht nicht zustand. Der Vertrag wurde vom RG. als nichtig erklärt.

3. Fortführung des Geschäftes eines Einzelkaufmanns durch eine GmbH. a) OLG. **27** 395, DNotV. **14** 748 (KG.). Die Fortführung eines von einem Einzelkaufmanne seitens einer GmbH. erworbenen Geschäfts unter dessen bisheriger Firma ist unzulässig, da es begrifflich ausgeschlossen ist, daß eine GmbH. zugleich als Einzelkaufmann in Betracht kommen kann. Die GmbH. kann nur eine, dem § 4 GmbHG. entsprechende Firma haben. b) LeipzZ. **13** 846, SächsOLG. **34** 451, DNotV. **14** 749 (Dresden). Erwirbt eine zu begründende GmbH. das Geschäft eines Einzelkaufmanns mit dessen Firma und führt sie diese Firma mit dem Zusatze GmbH. weiter, so bedeutet das keine Änderung der Firma im Sinne des § 25 HGB.

4. BayerZ. **22** 61. Für die Leistung des Offenbarungseids einer GmbH. ist das Gericht des Gesellschaftssitzes, nicht das des Wohnorts des Geschäftsführers zuständig.

5. Haftung der Gesellschafter. **RG.** BayerZ. **22** 38, Holdheims MSchr. **14** 267, LeipzZ. **14** 1851, GruchotsBeitr. **58** 968. Aus einer für die GmbH. geleisteten Bürgschaft haften die Gesellschafter nicht nach Köpfen, sondern nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile.

6. BayerZ. **21** 229. Das Belassen eines unzuverlässigen Geschäftsführers auf seinem Posten kann die Konzessionsentziehung gegen die GmbH. rechtfertigen.

7. Pfändung des Anspruchs der Gesellschaft gegen die Gesellschafter. **RG.** LeipzZ. **14** 280, HansGZ. **14** 59. Der Anspruch der Gesellschaft gegen die Gesellschafter auf Leistung weiterer Einzahlungen auf ihre Stammeinlage kann gepfändet und von dem pfändenden Gläubiger eingezogen werden und zwar ohne daß es eines Beschlusses der Generalversammlung nach § 46 Ziff. 2 bedarf. So schon **RG. 76** 434 (vgl. JDR. **11** § 13 Ziff. 4). Ebenso LeipzZ. **14** 1401 (KG.) u. **RG.** R. **14** Nr. 3041.

8. **RG.** BayerZ. **21** 136. Die Gesellschafter können sich der GmbH. gegenüber formlos verpflichten, Unterbilanzen zu decken, ihr Zuschüsse zu machen, Gesellschaftsschulden zu zahlen. Vgl. § 3 Abs. 2.

§ 14. Geschäftsanteil. 1. BayerZ. **21** 220. Ehefrau als Gesellschafterin. Vgl. oben vor § 178 HGB.

2. Unzulässigkeit der Ausgabe von Geschäftsanteilen unter dem Nennbetrage. BayerZ. **22** 9. Bei Aktiengesellschaften hat das Gesetz die sog. Unterpariemission ausdrücklich verboten. Bei GmbH. findet sich eine solche ausdrückliche Vorschrift nicht. Es läßt sich jedoch die Unstatthaftigkeit

der Überlassung eines Geschäftsanteils unter Nennbetrag und zwar sowohl bei Gründung der GmbH. wie bei Erhöhung des Stammkapitals aus den §§ 14, 5 Abs. 3, 19 Abs. 3 G. ableiten.

§ 15. Übertragung der Geschäftsanteile. 1. Keine Pflicht des Gesellschafters bei Veräußerung seines Geschäftsanteils die Interessen der GmbH. zu berücksichtigen. **RG.** BauersZ. **22** 11. Man kann dem Gesellschafter bei Auslegung des Statuts nicht zumuten, bei der leistungsunfähigen Gesellschaft zu verbleiben. Nachdem der Gesellschafter wegen der ungünstigen Geschäftslage seinen Geschäftsanteil der Gesellschaft angeboten hatte, darf ihm wegen der Veräußerung eine Verletzung der gesellschaftlichen Pflichten nicht vorgeworfen werden, auch nicht von dem Gesichtspunkt aus, daß er den Geschäftsanteil einem unvermögenden Dritten übertragen hat, der zur Erfüllung der der Gesellschaften obliegenden Rübenlieferungspflicht nicht imstande war. Die Gesellschaft hätte es in der Hand gehabt, im Statut die Veräußerung der Anteile von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig zu machen. Das ist nicht geschehen.

2. Auslegung einer Abtretungserklärung. **RG.** JW. **14** 250 Nr. 12. Eine notarielle Vereinbarung, laut der der Gesellschafter unter Ausscheiden aus der GmbH. seinen Geschäftsanteil an einen anderen Gesellschafter überträgt, und dieser, der zugleich Geschäftsführer der GmbH. ist, erklärt, die GmbH. übernehme die Bezahlung dieses Anteils, kann nicht dahin ausgelegt werden, daß die GmbH. den Geschäftsanteil erwerbe und der Gesellschafter nur die persönliche Mithaftung für die Zahlung übernehme; denn dann würde die wirklich gewollte Vereinbarung der Form des § 15 entbehren.

3. **RG.** LeipzZ. **14** 1809. Die fiduziarische Übertragung eines Geschäftsanteils gewährt im Konkurse des Erwerbers ein Aussonderungsrecht.

4. **RG.** R. **14** Nr. 3040, BauersZ. **22** 84. Die Übertragung eines Geschäftsanteils kann mit der Abrede erfolgen, daß die Übertragung vorerst nur eine formelle Bedeutung nach außen hin haben soll und daß „das Eigentum“ an dem Geschäftsanteil erst unter bestimmten Voraussetzungen auf den Erwerber übergehen soll.

5. Abs. 4. Form. **a) RG.** HoldheimsMSchr. **14** 68. Bildet in einem Vertrage die übernommene Verpflichtung zur Abnahme eines Geschäftsanteils nicht den unmittelbaren Gegenstand des Vertrags, sondern kommt sie lediglich als gesetzliche Nebenverpflichtung der Verpflichtung in Betracht, die den wesentlichen Inhalt des Vertrags darstellt, dann findet die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 keine Anwendung. **b) RG.** Holdheims MSchr. **14** 156. Die Erteilung und Übernahme eines Auftrags des Inhalts, daß der Beauftragte im eigenen Namen, aber mit Mitteln des Auftraggebers einen Geschäftsanteil einer zu gründenden Gesellschaft erwerben und den erworbenen Geschäftsanteil an den Auftraggeber abtreten soll, ist zu scheiden von einer Vereinbarung im Sinne des § 15 Abs. 4. **c) RG.** BauersZ. **22** 40, R. **14** Nr. 2906. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG. bezieht sich § 15 Abs. 4 auch auf solche Verträge, die auf die Verpflichtung zur Abnahme von Geschäftsanteilen gerichtet sind. Diese ausdehnende Auslegung ist geboten mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes, den spekulativen Handel mit Gesellschaftsbeteiligungen zu verhindern und mit Rücksicht auf den Willen des Gesetzes, einen Wechsel der Gesellschafter zu erschweren. Eine abweichende Beurteilung kann auch nicht etwa deshalb eintreten, weil es sich nicht um einen Vertrag zwischen dem Kläger und einem Gesellschafter, sondern um einen Vertrag mit der Gesellschaft handelt; denn dadurch wird die Gefahr eines spekulativen Handels mit Gesellschaftsbeteiligungen nicht ausgeschlossen. Demgemäß ist auch der

rechtsgeschäftliche Erwerb von Geschäftsanteilen durch die GmbH. selbst und die Vereinbarung, durch die eine GmbH. einen eigenen Geschäftsanteil einem Dritten zu verschaffen und diesen Anteil auf Verlangen des Dritten zurückzuerwerben sich verpflichtet, formbedürftig. Auch der Umstand, daß der Verkäufer die Geschäftsanteile noch nicht besaß, steht der Anwendung des § 15 Abs. 4 nicht entgegen; denn § 15 Abs. 4 gilt sogar für die vor dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrags getroffene Abrede über Abtretung zukünftiger Geschäftsanteile. Nur wenn die Verpflichtung zur Abnahme des Geschäftsanteils nicht unmittelbarer Vertragsinhalt, sondern gesetzliche Nebenwirkung einer anderen, den wesentlichen Inhalt des Vertrags bildenden Verpflichtung ist, scheidet die Anwendung des § 15 Abs. 4 aus.

§ 16. Folgen der Veräußerung eines Geschäftsanteils. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 124. Die nach § 16 Abs. 1 vorgeschriebene Anmeldung der Veräußerung eines Geschäftsanteils bei der Gesellschaft ist nicht notwendig, wenn der einzige Geschäftsführer der Gesellschaft selbst der Erwerber ist.

2. **RG. 84** 75, JW. **14** 477, BauersZ. **21** 209, DJZ. **14** 570, LeipzZ. **14** 666, R. **14** Nr. 831. Einheitliche und unteilbare Leistungen, die längere Zeit in Anspruch nehmen, sind, wenn bei Veräußerung rückständig, d. i. fällig und noch nicht bewirkt, von dem Veräußerer zu Ende zu führen. Im vorliegenden Falle mußten nach dem Statut die Gesellschafter jedes Jahr vor dem 1. Februar anmelden, auf welche Grundstücke sie Rüben bauen wollten, mußten den von der Gesellschaft gelieferten Samen verwenden und sich ihrer Aufsicht unterwerfen und die gesamte auf dem angemeldeten Lande gezogene Ernte abliefern; waren die Gesellschafter außerstande, dieser Rübenbaupflicht zu genügen, so sollten sie schon vor dem 1. Februar die Gesellschaft mit der Eindeckung beauftragen. Tatsächlich hatte der Beklagte seine Grundstücke rechtzeitig angemeldet und mit dem Samen der Gesellschaft bestellt. Er hatte also zur Zeit der Veräußerung seines Anteils mit der Erfüllung der Rübenbaupflicht begonnen. Die Gesellschaft hatte ihm gegenüber auch Anspruch auf Bezug der Ernte gerade der mit ihrem Samen bestellten Äcker, also eine in sich bestimmte Leistung erworben. Bei dieser Sachlage muß die Rübenbaupflicht des Beklagten betreffs der im August auf dem Felde stehenden Rüben als eine rückständige Leistung erachtet werden. Dazu gehört nicht, daß der Schuldner mit der Leistung im Verzuge war, sondern nur, daß die Leistung fällig und noch nicht bewirkt war. Tatsächlich war der Anfangstermin für die Erfüllung der Pflicht zum Rübenbaue verstrichen und Beklagter hatte auch mit ihrer Erfüllung begonnen, sie aber noch nicht vollendet. Daß eine solche einheitliche und unteilbare Leistung, die längere Monate in Anspruch nimmt, durch die dazwischen kommende Veräußerung des Geschäftsanteils in zwei Teile zerschnitten werden sollte, von denen der eine dem Veräußerer, der andere dem Erwerber obläge, ist sachlich undenkbar.

§ 17. Teilung eines Geschäftsanteils. 1. ZAktWes. **14** 152, BauersZ. **21** 256 (Hamburg). Förmlichkeit der Genehmigung der Teilung eines Geschäftsanteils, zumal wenn der Geschäftsführer der Veräußerer ist. Das RG. (JW. **04** 123, **10** 843) hat allerdings eine vom Geschäftsführer zum Handelsregister eingereichte Liste der Gesellschafter dann für der äußeren Form der Genehmigung genügend erklärt, wenn diese Liste dem Veräußerer oder Erwerber zugegangen ist. Da hier der Geschäftsführer gleichzeitig der Veräußerer ist, ist diese Bedingung erfüllt. Die Anzeige zum Handelsregister muß aber dem § 17 Abs. 2 entsprechen; sie muß erkennen lassen, von welchem vorher ungeteilten Geschäftsanteil der veräußerte Teil stammt (s. Ziff. 3).

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 156, R. **14** Nr. 1617. Zur Wirksamkeit der Teilabtretung eines Geschäftsanteils ist erforderlich, daß aus der Abtretungsurkunde nicht nur der Betrag des abgetretenen Teiles, sondern auch der Betrag des durch die Abtretung verminderten Geschäftsanteils zu ersehen ist und daß aus der Abtretungsurkunde selbst, nicht aus irgendwelchen sonstigen Schriftstücken oder aus den den Beteiligten bekannten Verhältnissen, sich die Genehmigung der Teilabtretung durch die Gesellschaft ergibt.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 211, LeipzZ. **14** 1534, R. **14** Nr. 2127, 2128, 2129. Die Genehmigung der Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils kann namens der Gesellschaft nur durch den Geschäftsführer, nicht durch den Aufsichtsrat erteilt werden. Die Genehmigungserklärung der Gesellschaft ist eine einseitig dem Veräußerer oder dem Erwerber gegenüber abzugebende empfangsbedürftige Willenserklärung. Ist die Person des Veräußerers und die des Geschäftsführers dieselbe, so kann letzterer dieses Rechtsgeschäft sich selbst gegenüber gültig nicht vornehmen. Die Einreichung der Liste der Gesellschafter, in der die geteilten Anteile aufgeführt sind, kann als eine Genehmigung nach § 17 nicht angesehen werden, da sie nicht den Beteiligten gegenüber abgegeben wird. Die Genehmigungserklärung oder wenigstens die darin bezogenen Urkunden müssen die ziffernmäßigen Beträge der durch die Teilung entstandenen Geschäftsanteile ergeben (s. Ziff. 4).

4. Niemeyer, LeipzZ. **14** 1338, tritt dem unter Ziff. 3 abgedruckten Urteile des RG. bei, soweit es die Frage, ob die Genehmigung zur Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils durch Eintragung in die Gesellschafterliste erklärt werden könne, verneint. Dagegen hält er die Übertragung des Beschlusses über die Genehmigung der Teilung an den Aufsichtsrat im Gegensatze zum RG. für zulässig. Vgl. ferner Goldschmidt, LeipzZ. **14** 1891, der die Erteilung einer schriftlichen Genehmigung dann für überflüssig erklärt, wenn die GmbH. Teile von eigenen Geschäftsanteilen veräußert.

§ 19. Leistung der Stammeinlagen. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 268. Die Übertragung des als Einlage geschuldeten Betrags in den Büchern des Bankiers des Gesellschafters, der zugleich Bankier der Gesellschaft ist, vom Konto des Gesellschafters auf das der Gesellschaft und die Gutschrift des Betrags in dem Kontokorrent stellt — sofern es sich um Girokonten handelt — keine Zahlung der Einlageschuld dar.

2. Erfüllung der Einlagepflicht eines Gesellschafters durch einen Dritten. a) **RG.** BauersZ. **22** 37. Wenn bei Gründung einer GmbH. ein Mitgründer die für ihn eingetragenen Anteilscheine einem Dritten überträgt und nun dieser Dritte die noch nicht entrichtete Einlage an die GmbH. abführt, so wird mit der Einzahlung der Kaufpreis dem Verkäufer des Geschäftsanteils entrichtet. Ist der Kaufvertrag (z. B. wegen Mangels der Form) nichtig, so ist der Verkäufer und nicht die GmbH. zur Herausgabe des ohne Rechtsgrund Erlangten verpflichtet; andererseits hat der Verkäufer und nicht die GmbH. Anspruch auf Rückgabe der übergebenen Urkunden. b) **RG.** R. **14** Nr. 2319, BauersZ. **22** 84. Wenn die Ehefrau eines Gesellschafters und Geschäftsführers einer GmbH., die von zwei Geschäftsführern gemeinsam vertreten wird, dem anderen Geschäftsführer auf dessen Forderung gegen die GmbH. eine Zahlung macht und diese Beteiligten darüber einverstanden sind, daß die Zahlung zur teilweisen Tilgung der Einlageschuld des ersten Geschäftsführers dienen soll, so ist damit die Einlage in dieser Höhe bewirkt.

3. Zurückbehaltungsrecht. **RG.** **83** 266, JW. **14** 150, BauersZ. **21** 205, R. **14** Nr. 251. Allerdings schließt § 19 Abs. 2 das Zurückbehaltungsrecht nur in dem Falle aus, daß dieses Recht an dem Gegenstand einer nicht in Geld zu leistenden Einlage wegen Forderungen, die sich nicht auf den Gegenstand beziehen,

ausgeübt wird. Daraus folgt aber nicht, daß das Gesetz das Zurückbehaltungsrecht im übrigen ohne Einschränkung zulassen will. Mangels einer besonderen Bestimmung des Gesetzes greift § 273 BGB. ein. Außerdem gilt der Grundsatz, daß ein der Aufrechnung wirtschaftlich gleichwertiges Zurückbehaltungsrecht, das die Beschaffung des Stammkapitals durch die hierzu dienende Zahlung der Einlagen vereiteln würde, mit dem Zwecke des Gesetzes nicht vereinbar ist.

4. Abs. 2. Aufrechnung. a) Einfluß der inneren Überschuldung der GmbH. auf die Aufrechnung gegenüber Bareinlagen. BauerZ. **21** 162. Sollte zur Zeit der Aufrechnung die bilanzmäßige Überschuldung der GmbH. oder ihre Zahlungsunfähigkeit bereits in die Erscheinung getreten sein, so daß ein Konkursgrund vorliegt, dann entbehrt die trotzdem vorgenommene Aufrechnung jeder Rechtswirkung. Befand sich aber damals die GmbH. noch nicht in Zahlungseinstellung und ergab sich noch nicht aus einer Bilanz die Überschuldung, dann muß die Statthaftigkeit der (vertragsmäßigen) Aufrechnung grundsätzlich anerkannt werden. Allerdings würde eine innere den Parteien unbekannt gebliebene Überschuldung im Momente der Aufrechnung die Anfechtbarkeit der Aufrechnung wegen Irrtums begründen. Es geht nicht an, mit dem RG. ganz allgemein zu sagen, ohne Vollwertigkeit der Forderung an die GmbH. sei die vereinbarte Aufrechnung nichtig; sondern es kommt darauf an, ob die Gesellschaft die Anfechtung rechtzeitig geltendgemacht und damit die Nichtigkeit der Aufrechnung erreicht hat. Von diesem Gesichtspunkt aus wird das RG. nicht umhin können, seine bisherige Rechtsauffassung einer Revision zu unterziehen und den Einwänden gebührende Beachtung zu schenken, die eine nachträgliche Beanstandung der Aufrechnung wegen Minderwertigkeit der Forderung nicht zulassen. **b)** Verrechnung einer Forderung des Gesellschafters mit der rückständigen Stammeinlage. **RG.** JW. **14** 983 Nr. 9, HoldheimsMSchr. **14** 252, 269, LeipzZ. **14** 1856, R. **14** Nr. 2907. Nach feststehender Rechtsprechung des RG. hat die Vorschrift des § 19 Abs. 2 zwar nicht die Bedeutung, auch eine vertragsmäßige Aufrechnung auszuschließen; doch muß die Forderung des Gesellschafters, mit der aufgerechnet werden soll, fällig und im Hinblick auf den Vermögensstand der Gesellschaft vollwertig sein. Soll die Tilgung der Einlage dadurch herbeigeführt werden, daß der Gesellschafter mit Zustimmung des Geschäftsführers Gesellschaftsschulden bezahlt, so gilt das gleiche, nur mit der Maßgabe, daß sowohl die Forderung des bezahlten Gläubigers wie die zur Aufrechnung zu verwendende Ersatzforderung des Gesellschafters fällig sein muß. Vgl. auch **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 251. **c)** Aufrechnung gegenüber dem Zessionar und Pfändungsgläubiger. **RG.** JW. **14** 1083, R. **14** Nr. 3042, BauerZ. **22** 110. Falsch ist die Ansicht, daß der Einzahlungsanspruch in der Hand des Zessionars oder Pfändungsgläubigers einen von seiner sonstigen Natur abweichenden Charakter annehme und daß das Verbot der Aufrechnung nur zugunsten der GmbH. selbst wirke. Es ist willkürlich in dem dem Aufrechnungsverbot entsprechenden Vorzug ein persönliches Recht der Gesellschaft zu erblicken; vielmehr handelt es sich um eine der Forderung als solcher anklebende Eigenschaft, die naturgemäß auf einen neuen Gläubiger gleichzeitig mit Übertragung des Rechtes zur Einziehung der Stammeinlage übergeht. **d) RG.** BauerZ. **22** 110. Das Aufrechnungsverbot gegenüber Einlagerückständen darf auch der Konkursverwalter der GmbH. geltend machen.

§ 21. Kaduzierung. 1. R. **14** Nr. 684 (BayObLG.). Kaduzierung vernichtet den Geschäftsanteil auch dann nicht, wenn kein Rechtsvorgänger vorhanden ist; die passive Seite des Anteils bleibt bestehen, bis ein neuer Erwerber gefunden ist. Die Bemerkung bei Staub-Hachenburg, GmbHG. § 21 Anm. 26, die rechtliche Wirkung der Kaduzierung bestehe in dem Falle, daß ein Vormann des Ausgeschlossenen nicht vorhanden ist, darin,

daß der im Gründungsakte geschaffene Geschäftsanteil aufgehoben und durch öffentliches Ausbieten ein neuer Geschäftsanteil geschaffen wird, steht damit nicht in Widerspruch; sie will, wie sich aus der einleitenden Bemerkung zu § 23 ergibt, nur besagen, daß der Ansteigerer weder Rechtsnachfolger des Ausgeschlossenen noch der Gesellschaft wird, daß die Gesellschaft bei der Versteigerung das Recht aus einem Geschäftsanteil vergibt, der dem säumigen Gesellschafter einmal gehörte, nicht aus einem Anteile, der ihm noch gehört.

2. **RG.** R. **14** Nr. 2750, JW. **14** 984, BauersZ. **22** 85. Eine vor der Kaduzierung von der Gesellschaft (beim Mangel von Rechtsvorgängern) vorgenommene Versteigerung wird mit dem durch die nachträgliche Kaduzierung der Gesellschaft nach § 21 Abs. 2 erwachsenden Verfügungsrecht in entsprechender Anwendung des § 185 Abs. 2 BGB. rechtswirksam. Vgl. § 24.

§ 22. Haftung der Rechtsvorgänger von ausgeschlossenen Gesellschaftern für die Einzahlung der Stammeinlage. **RG.** JW. **14** 984, HoldheimsMSchr. **14** 267, R. **14** Nr. 2749, BauersZ. **22** 85. Die Haftbarmachung des Rechtsvorgängers kann wegen § 22 Abs. 4, wonach der Rechtsvorgänger, falls er Zahlung leistet, ohne weiteres von Rechts wegen den Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters erwirbt, nur in Frage kommen und nur statthaben, solange der Anteil von der Gesellschaft, zu deren Gunsten er erhalten war, noch nicht veräußert ist; denn mit der Versteigerung seitens der Gesellschaft erwirbt den Anteil der Ersteher und könnte ein Erwerb durch den zahlenden Rechtsvorgänger nicht mehr stattfinden. Nach der Versteigerung haftet ihr zwar nach § 21 Abs. 3 noch der ausgeschlossene Gesellschafter; es steht ihr aber kein Regreßanspruch mehr an dessen Rechtsvorgänger zu.

§ 24. 1. Haftung der Gesellschafter bei verschiedenen Emissionen, Kapitalserhöhungen. a) Neukamp, BankA. **13** 193. Die Frage, ob und inwieweit § 24 auch auf solche Stammeinlagen Anwendung findet, deren Leistung erst auf Grund von Kapitalserhöhungsbeschlüssen übernommen worden ist, hat verschiedene Beantwortung gefunden. Neukamp, GmbHG. § 24 Anm. 22 und § 55 Anm. 2 b ee spricht sich für unbeschränkte Anwendung des § 24 auf Kapitalserhöhungen aus, so daß sowohl die bereits vor der Kapitalserhöhung der GmbH. angehörenden Mitglieder, wie die Personen, die erst durch eine Beteiligung an der Kapitalserhöhung Gesellschafter geworden sind, ohne weiteres für die sämtlichen nicht volleingezahlten Stammeinlagen aufzukommen haben. Ebenso Rosenthal, GmbHG. § 24 Anm. 3; OLG. **14** 365 (Karlsruhe) und KGBl. **30** 58. Staub, GmbHG. (1) § 24 Anm. 7, § 55 Anm. 4, 5, 17 hat die Ansicht vertreten, daß einerseits die Personen, die erst durch eine Beteiligung an der Kapitalserhöhung Mitglieder werden, für die Fehlbeträge hinsichtlich des bereits vor der Kapitalserhöhung vorhandenen Stammkapitals nur dann haften, wenn diese Haftung in der Übernahmeurkunde gemäß § 55 Abs. 2 ausdrücklich erwähnt worden ist und daß andererseits die vor der Kapitalserhöhung bereits vorhandenen Gesellschafter, die sich an der Kapitalserhöhung selbst nicht beteiligen, für die aus der Kapitalserhöhung hervorgehenden Fehlbeträge nur dann haften, wenn die Kapitalserhöhung nach § 55 Abs. 3 mit ihrer Zustimmung beschlossen worden ist. So im letzten Punkte auch Liebmann, GmbHG. § 53 Anm. 6, der aber abweichend von Staub die bei der Kapitalserhöhung neu Eintretenden ohne weiteres für alle Fehlbeträge haften läßt. Staub-Hachenburg, Merzbacher und Parisius-Crüger endlich lassen jeden Gesellschafter nur für den Teil des Stammkapitals bei etwaigen Fehlbeträgen haften, an dessen Übernahme er sich selbst beteiligt hat. Das **RG. 82** 116 hat sich nur mit der Frage zu beschäftigen gehabt, ob auch solche Personen, die erst nach erfolgter Erhöhung des Stammkapitals bei einer späteren abermaligen Erhöhung Gesellschafter geworden sind, für die Fehlbeträge aufzukommen haben, die

sich auf das vor ihrem Beitritte bereits vorhandene Stammkapital beziehen. Diese Frage hat das RG. bejaht. Dagegen hat es die weitere Frage, ob die der Gesellschaft vor der Kapitalserhöhung bereits angehörenden Gesellschafter auch für die Fehlbeträge haften, die bei einer späteren Kapitalserhöhung entstehen, in jenem Urteile nicht beantwortet, wobei übrigens zu bemerken ist, daß, wie auch die Gegner des RG. annehmen, die Bejahung der Haftung in dem einen Falle diese auch in dem anderen Falle nach sich zieht. Das Urteil des RG. ist lebhaft bekämpft worden von Hachenburg, LeipzZ. **14** 119 (s. unten), Flechtheim, DJZ. **13** 89. Demgegenüber führt Neukamp aus, daß sowohl der Wortlaut wie der Zweck des Gesetzes die Entscheidung des RG. als richtig erscheinen lassen. **b)** *Cantor, LeipzZ. **14** 1877. Der Gesellschafter haftet nicht für Ausfälle späterer Neuemissionen, die nicht mit Zustimmung aller Gesellschafter beschlossen werden (arg. § 54 GmbHG. in Verbindung mit **RG. 82** 116). **c)** Hachenburg, LeipzZ. **14** 119, wendet sich gegen die Rechtsprechung des RG. Mit der GmbH. sollte eine Gesellschaftsform geschaffen werden, bei der das Risiko der Unternehmer auf einen bestimmten Betrag begrenzt wurde, ohne die schweren Formen der Aktiengesellschaft. Daher ist der Ausgangspunkt des RG., das nur an die Sicherung der Gläubiger denkt, unrichtig. Das RG. ist ferner der Tatsache nicht gerecht geworden, daß § 24 GmbHG. nach seiner Stellung im 2. Abschnitte des Gesetzes zunächst die durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag geschaffenen Rechtsverhältnisse im Auge hat. Daß § 24 auch für die neue Stammeinlage gilt, ist zweifellos richtig. Darüber besteht auch kein Streit. Aber diese Anwendung kann doch nur eine entsprechende sein. Wenn unter den übrigen Gesellschaftern des § 24 nur die gemeint sein können, die den Gesellschaftsvertrag zeichneten oder deren Rechtsnachfolger, so liegt dem der Gedanke zugrunde, daß diese gemeinsam das Stammkapital zeichneten. Sie sind hierdurch eine Einheit. Das führt bei der Kapitalserhöhung dazu, daß auch hier die sämtlichen Übernehmer des erhöhten Kapitals zusammen für dieses einstehen. Aber nur sie unter sich.

2. SeuffA. **69** 411, BauersZ. **22** 102 (BayObLG.). Die Rechtsprechung des RG. hat sich mit der Frage der Übertragbarkeit (Abtretung, Pfändung, Verpfändung) von Ansprüchen aus § 24 Satz 2 noch nicht befaßt. Die Entscheidungen, die die Pfändbarkeit der Ansprüche auf Einzahlung von Stammeinlagen bejahen, lassen sich für diese Frage nicht verwerten. Parisius-Crüger verneint die Übertragbarkeit; die Stellung von Staub-Hachenburg ist unklar. Nach der Anschauung des erkennenden Gerichts können die Maßregeln, die das Gesetz in den §§ 21—24 zum Zwecke des Ausschlusses des säumigen Gesellschafters und zur Verwirklichung der Ausfallhaftung an die Hand gibt, nur von der Gesellschaft selbst, also von ihren Geschäftsführern, vorgenommen werden. Das wird hinsichtlich der Verlustigkeitserklärung nach § 21 Abs. 2 nicht bezweifelt werden, muß aber auch für die übrigen Maßregeln gelten; denn sie alle hängen aufs engste mit dem Gesellschaftsverhältnisse zusammen und können nicht außerhalb dieses Rahmens von einem Dritten selbständig angewendet werden. Im Falle des § 24 Satz 2 ist es demnach ausschließlich Sache der Gesellschaft, die bei einzelnen Gesellschaftern ausgefallenen Beiträge verhältnismäßig auf die übrigen zu verteilen. Ein außerhalb der Gesellschaft Stehender würde dazu mangels Einblicks in die Höhe der Geschäftsanteile ohnehin nicht in der Lage sein. Etwaige künftige Ansprüche aus § 24 Satz 2 können also jedenfalls nicht in der Weise abgetreten werden, daß der Zessionar zur „Verteilung" berechtigt wäre. Das Recht zur Vornahme der Verteilung ist nicht übertragbar, so wenig wie das Recht zur Vornahme der zeitlich vorausgehenden Maßregeln.

§ 29. Reingewinn; Dividende. 1. BauersZ. **22** 64 (OVG.). Träger des Dividendenrechts ist der Geschäftsanteil selbst und der Gesellschafter als solcher ist dividendenberechtigt. Es steht aber rechtlich nichts entgegen, daß das Dividendenrecht besonders und ohne den Geschäftsanteil abgetreten

wird. Wer infolge einer solchen Abtretung die Dividende bezieht, hat sie auch zu versteuern.

2. OLG. **28** 358, BauersZ. **21** 255 (KG.). Die im Gesellschaftsvertrag übernommene Dividendengarantie verpflichtet nicht zur Aufbringung einer Unterbilanz der GmbH. Anders liegt die Sache, wenn es sich nicht um eine bloße Dividenden- (oder Renten-)Garantie handelt, sondern die Unversehrtheit des Grundkapitals gewährleistet, also eine Rentabilitätsgarantie gegeben werden sollte. Ob das eine oder das andere vorliegt, ist Tatfrage. Bei einer Rentabilitätsgarantie wird auch die GmbH. als solche zur Verfolgung des Anspruchs gegen den Garanten legitimiert sein; anders bei einer bloßen Rentengarantie, wo die Verfolgung des Anspruchs den einzelnen Gesellschaftern überlassen ist.

3. Auszahlung von Vorschüssen auf den zu erwartenden Gewinn. **RG.** JW. **14** 828, HoldheimsMSchr. **14** 211, LeipzZ. **14** 1534, R. **14** Nr. 1912, BauersZ. **22** 9 Nr. 39. Die Auszahlung von Gewinnvorschüssen an die Gesellschafter verstößt gegen kein gesetzliches Verbot; ein Verbot, wie es für die Aktiengesellschaften § 215 HGB. aufstellt, besteht für die GmbH. nicht. Das Interesse der Gesellschaftsgläubiger ist durch § 31 gewahrt. Die Rückforderung eines ausgezahlten Gewinnvorschusses nach § 817 ist deshalb ausgeschlossen; dagegen kann ein Herausgabeanspruch nach § 812 Satz 2 BGB. begründet sein. Die Vorschüsse auf den Gewinn sind zurückzuzahlen, wenn die GmbH. vor Ablauf des Geschäftsjahrs in Liquidation tritt.

§ 31. Ersatzpflicht der Gesellschafter und Geschäftsführer für rechtswidrig gezahlte Zinsen. BauersZ. **22** 35 (KG.). Nach § 29 haben die Gesellschafter nur einen Anspruch auf den Reingewinn; wird aber einem Gesellschafter ein von dem Ausfalle der Bilanz nicht abhängiger, unbedingter Zinsanspruch seiner Einlage eingeräumt, so verstößt das gegen § 30 und der Empfänger hat das Erhaltene nach § 31 zu erstatten. Die Rückforderung ist, abgesehen von dem guten Glauben des Empfängers, berechtigt, wenn sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger notwendig ist. Als Gesellschaftsgläubiger kommen nicht bloß in Betracht die zur Zeit der Auszahlung vorhandenen, sondern auch alle späteren; es genügt, wenn zur Zeit der Klagerhebung solche Gläubiger da sind. Neben dem Empfänger haften nach § 43 auch die Geschäftsführer. Die Haftung der Geschäftsführer und des Empfängers geht nebeneinander; es steht der Gesellschaft frei, wen sie in Anspruch nehmen will. Fordert sie vom Geschäftsführer, so tilgt er seine Schuld gegenüber der Gesellschaft; der Umstand, daß damit auch die Schuld des Empfängers getilgt wird, gibt dem Geschäftsführer keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, wohl aber einen Ausgleichungsanspruch nach § 426 BGB.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 35. 1. Bestellung der Geschäftsführer. DJZ. **14** 445 (Bay. ObLG.). Die Vorschrift des § 29 BGB. ist auf Gesellschaften mbH. anwendbar. Das Registergericht hat auf Antrag einen Geschäftsführer zu bestellen, wenn das Fehlen eines solchen die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft hindert. Vgl. JDR. **12** § 35 Ziff. 1.

2. Vertretungsmacht der Geschäftsführer. **a)** Über die Klage eines kollektiv zeichnenden Geschäftsführers gegen den anderen auf Unterlassung eigenmächtigen Handelns vgl. oben Ziff. 2 zu § 115 HGB. **b)** BauersZ. **21** 204. Einfluß der Schlechtgläubigkeit der Gesellschafterversammlung auf Rechtsgeschäfte, die der gutgläubige Geschäftsführer in deren Auftrag oder Genehmigung vornimmt. Wenn schon die Arglist auf seiten eines Kollektivvertreters zur Anfechtung des Rechtsgeschäfts genügt, so trifft dies erst recht zu, wenn die Gesellschafterversammlung als oberstes Willens-

organ vom dolus beherrscht wird und die Wirkungen dieses Zustandes mit Hilfe des gutgläubigen Geschäftsführers zur Geltung bringt. **c)** ZAktWes. **14** 177 (Hamburg). Geschäftsführer, die in gutem Glauben den Versuch unternehmen, einem Abnehmer der GmbH. die Bezahlung seiner Schuld an die GmbH. für gelieferte Waren zu ermöglichen und die zu diesem Zwecke den Abnehmer durch Vorschüsse und weitere Warenlieferungen zur Erfüllung eines ihm vom Staate übertragenen Werkes unterstützen, verstoßen dadurch noch nicht gegen ihre Befugnisse; in ihrem Verhalten liegt also kein Entlassungsgrund. **d)** BauersZ. **22** 83. Ein Ruhen der Vertretungsmacht des Geschäftsführers (Suspension) ist im allgemeinen nicht eintragungsfähig.

3. Vergütung der Geschäftsführer. **a)** BauersZ. **21** 156. Wenn infolge einer Einschränkung oder Einstellung des Betriebs der Geschäftsführer nicht mehr vollbeschäftigt werden kann oder fast ganz zur Untätigkeit gezwungen ist, so kann er, was das feste Gehalt und die garantierte Tantieme anlangt, gleichwohl die nämlichen Bezüge wie früher verlangen. Lag es nicht in der Absicht der GmbH., dem Geschäftsführer auch für den Fall einer Einschränkung der Produktion die vollen Bezüge zu gewähren, so mußte sie den Dienstvertrag nach dieser Richtung hin modifizieren und sich das Recht zu einer Gehaltsminderung vorbehalten. Sollte der Geschäftsführer mit einem wesentlichen Teile seines Einkommens auf Tantieme gestellt sein und die Gesellschaft ihren Betrieb so reduzieren, daß er nicht mehr in den Genuß eines angemessenen Einkommens gelangt, so ist der Geschäftsführer berechtigt, eine entsprechende Entschädigung von der Gesellschaft zu verlangen, und wenn ihm diese vorenthalten wird, zunächst seine Stellung ohne weiteres niederzulegen. **b)** **RG.** BauersZ. **22** 2. Wegen der Rechnungslegungspflicht der Geschäftsführer über Vertrauensspesen vgl. oben Ziff. 1a zu § 232 HGB.

4. Sonstige Dienstverhältnisse der Geschäftsführer. **a)** BauersZ. **21** 11 (Braunschweig). § 384 Ziff. 3 ZPO. deckt auch handelsgeschäftliche Gewerbegeheimnisse und nicht bloß die eigenen des Zeugen, sondern auch die seines Arbeitgebers. Deshalb ist der Geschäftsführer berechtigt, sein Zeugnis über die Bekanntgabe der Verkaufspreise der von ihm geleiteten Brauerei zu verweigern. **b)** BauersZ. **21** 158. Empfangene Schmiergelder muß der Geschäftsführer der Gesellschaft nicht nur dann herausgeben, wenn letztere infolge der Zahlung der Schmiergelder geschädigt worden ist, sondern nach § 667 BGB. auch ohne Vorliegen eines Schadens. **c)** BauersZ. **21** 193. Der Geschäftsführer ist nicht verpflichtet zur Herausgabe von Briefen, die er mit Dritten über gesellschaftliche Angelegenheiten gewechselt hat. Die Verweigerung der Herausgabe ist kein Entlassungsgrund. **d)** BauersZ. **21** 204. Der ungeeignete Geschäftsführer muß sich die mit einer Schmälerung seines Einkommens nicht verbundene Zuweisung einer anderen Tätigkeit gefallen lassen. **e)** **RG.** BauersZ. **21** 229. Der Geschäftsführer ist im Konkurse der GmbH. Zeuge. **f)** BauersZ. **22** 104. Eine Pflicht des Geschäftsführers zur Fortsetzung seiner Dienste bei Verlegung des Sitzes der GmbH. aus einer kleinen Stadt in eine Großstadt ist dann nicht anzunehmen, wenn die GmbH. sich nur dazu versteht, ihm das für die ganz anderen Umstände der Kleinstadt vereinbarte Einkommen zu gewähren. **g)** ZAktWes. **14** 158. Die Bek. des BR. vom 8. Oktober 1914 über die Ladung zur Generalversammlung, die für die zu den mobilen Truppenteilen Eingerückten und ähnliche Fälle die Aufstellung eines Vertreters zur Entgegennahme der Ladung und Ausübung des Rechtes des Gesellschafters bei der Beschlußfassung vorsieht, findet zwar auch auf den Geschäftsführer, der zugleich Gesellschafter ist, Anwendung, soweit es sich um seine Eigenschaft als Gesellschafter handelt. Ist dagegen der Geschäftsführer nicht Gesellschafter, so kann die Verordnung nicht herangezogen werden und es bleibt nur übrig, entweder die Ab-

wesenheitspflegschaft nach § 1911 BGB. zu beantragen, oder die Bestellung eines interimistischen Geschäftsführers nach § 29 BGB.

§ 38. Ausscheiden des Geschäftsführers. 1. BauersZ. **21** 11. Ein ausgeschiedener Geschäftsführer kann nicht seinen Austritt zur Eintragung in das Handelsregister anmelden; er kann aber, wenn noch andere, nicht ausgeschiedene Geschäftsführer da sind, die sich weigern, sein Ausscheiden anzumelden, beim Registergerichte die Ausübung eines Zwanges behufs Bewirkung der Anmeldung in Anregung bringen. Sind sämtliche Geschäftsführer ausgeschieden und werden von der Gesellschaft neue Geschäftsführer nicht bestellt, so kann er die Zwangsbestellung eines Geschäftsführers nach § 29 BGB. beim AG. beantragen.

2. **RG.** BauersZ. **22** 25. Der zu Unrecht entlassene Geschäftsführer muß das Anerbieten der Fortbeschäftigung nur dann annehmen, wenn es klar zu erkennen gibt, daß die Entlassung zu Unrecht erfolgt ist.

3. **RG.** BauersZ. **22** 34, HoldheimsMSchr. **14** 270, LeipzZ. **14** 1762, DJZ. **14** 1109. Die Bestellung einer Person zum Geschäftsführer für die Dauer ihrer Gesellschaftereigenschaft begründet ein unentziehbares Sonderrecht.

4. **RG.** R. **14** Nr. 2751. Eine Kündigung der Gesellschaft an den Geschäftsführer kann man allenfalls annehmen, wenn die Gesellschafter einfach die Auflösung der Gesellschaft beschließen und die Gesellschaft dementsprechend in Liquidation tritt.

§ 40. Gesellschafterliste. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 125. § 40 ist im Hinblick auf den Zweck der Bestimmung, obwohl die Liste nicht im Sinne des § 15 HGB. öffentlichen Glauben besitzt, doch ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 BGB., Haftung der Geschäftsführer bezüglich deren Angaben für alle, die auf die Angaben der Liste vertrauen, begründend.

§ 41. Bilanz. 1. BauersZ. **22** 106 (Karlsruhe). Die von der Rechtslehre und Rechtsprechung aufgestellte Regel, daß der Registerrichter nicht berechtigt sei, die eingereichten Bilanzen wegen Unrichtigkeit zu beanstanden, trifft nicht zu auf Unrichtigkeiten, die sich aus dem Register selbst ergeben. Die Pflicht des Geschäftsführers zur Veröffentlichung und Einreichung der Bilanz ist nicht abhängig von deren vorheriger Genehmigung durch die Gesellschaftsversammlung.

2. BauersZ. **21** 230. Es ist streitig, ob der Gesellschafter eine Abschrift der Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung verlangen kann. Da aber nach der Rechtsprechung die §§ 705 ff. BGB. auf die GmbH. als Ersatzrecht Anwendung finden, so muß aus § 721 BGB. der Anspruch des Gesellschafters bejaht werden.

3. Abs. 4. KGJ. **45** 182, RJA. **13** 33, R. **14** Nr. 1170 (KG.). Eine Bankgeschäfte betreibende GmbH. muß auch während der Liquidation ihre Bilanzen veröffentlichen. Vgl. JDR. **12** 1012 § 41.

§ 42. Bilanzgrundsätze. 1. BauersZ. **22** 39. Wenn die Gläubiger einer GmbH. damit einverstanden sind, daß ihre Forderungen nur aus dem Reingewinne bezahlt zu werden brauchen, so hören diese Schulden auf ein Passivum der GmbH. zu bilden und haben daher in der Bilanz keinen Platz mehr.

2. Beibehaltung der im Gesellschaftsvertrage vereinbarten, aber zu hohen Werte. BauersZ. **21** 10. In der Eröffnungsbilanz müssen die Sacheinlagen, auch wenn sie nicht vollwertig sind, zu dem ihnen im Gesellschaftsvertrage beigelegten Einbringepreis aufgeführt werden. Dagegen muß jede spätere Bilanz den Vorschriften des Gesetzes in Anbetracht der

Bewertung genügen. Es ist demnach ganz unzulässig, in der Bilanz Aktiva zu führen, deren ganze oder teilweise Wertlosigkeit klar liegt. Hieran ändert auch nichts das Einverständnis der Gesellschafterversammlung.

3. SeuffA. **69** 158 (Cassel). Eine Bilanz, die für selbsterzeugte Waren nur den Herstellungswert angesetzt hat (vgl. JDR. **12** § 42 Ziff. 2), ist anfechtbar.

§ 43. Haftung der Geschäftsführer. 1. Ersatzpflicht der Geschäftsführer für rechtswidrig ausgezahlte Zinsen. Vgl. § 31.

2. Abs. 4. Verjährung. Beginn der fünfjährigen Verjährungsfrist. **RG.** JW. **14** 310.

§ 46. Gesellschafterversammlung. 1. BauersZ. **21** 204. Einfluß der Schlechtgläubigkeit der Gesellschafterversammlung auf Rechtsgeschäfte des gutgläubigen Geschäftsführers s. § 35.

2. BauersZ. **21** 208. Wirken bei Beschlußfassung einer Gesellschafterversammlung Personen mit, die ihre Geschäftsanteile formlos erworben haben und haben deren Stimmen mit zur Bildung der erforderlichen Mehrheit geführt, dann entbehrt der Beschluß der Rechtswirksamkeit. Die Nichtigkeit dieses Beschlusses wird auch durch seine Eintragung in das Handelsregister nicht geheilt.

3. BauersZ. **21** 208. Eine besondere Anfechtungsklage wie im § 271 HGB. findet sich im GmbHG. nicht. Es ist deshalb die Anfechtung eines rechtswidrigen Beschlusses seitens eines Gesellschafters sowohl durch Klage wie durch Einrede zulässig.

4. Ziff. 2. Pfändung von Einlagerückständen s. § 13.

§ 47. Literatur: Schiller, Das Stimmrecht in der GmbH.

1. **RG.** BauersZ. **21** 277, R. **14** Nr. 1172. Da das richtige Stimmverhältnis die Gültigkeit aller künftigen Beschlüsse der GmbH. bedingt und es für die Gesellschaft von Wichtigkeit ist, ungültige Beschlüsse zu vermeiden, so hat sie auch das Recht auf Feststellung des Stimmenverhältnisses zu klagen.

2. Abs. 4. Stimmrecht der Gesellschafter in eigener Sache. **a)** vgl. § 252 HGB. **b)** Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 101. Entgegen **RG. 81** 37 will Marcus das Stimmrecht der Gesellschafter in eigener Sache dann ausschalten, wenn dessen Ausübung erweislich schikanös oder zum Nachteil der Gesellschaft getätigt wird. **c) RG.** R. **14** Nr. 253. Bei Beschlußfassung über einen Aufrechnungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter hat dieser in der Generalversammlung kein Stimmrecht. Den durch die trotzdem erfolgte Ausübung des Stimmrechts zustande gekommenen Beschluß braucht ein Gläubiger der Gesellschaft nicht gegen sich gelten zu lassen.

3. **RG.** BauersZ. **21** 277. Ein Gesellschafter kann sich gegenüber der Gesellschaft verpflichten, in einem gewissen Sinne zu stimmen.

§ 48. Gesellschafterbeschlüsse. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **13** 103. Die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die auf dem Mangel der satzungsgemäßen Mehrheit beruht, wird durch die Eintragung in das Handelsregister nicht aufgehoben (vgl. § 46 Ziff. 2).

2. BauersZ. **21** 185. Eine Klage der GmbH. oder der Gesellschafter auf Anerkennung der Gültigkeit eines Gesellschaftsbeschlusses ist zulässig. Klageberechtigt ist sowohl die GmbH. vertreten durch den Geschäftsführer, wobei sich die Klage gegen den oder die bestreitenden Gesellschafter richtet, als auch die Partei, die die Rechtsbeständigkeit des Beschlusses ins Feld führt. Bei dieser Klage würde die GmbH. als Beklagte in Betracht kommen. Soll die GmbH. auf Anerkennung eines Beschlusses klagen, so bedarf es meist eines

den Rechtsstreit durchsetzenden Beschlusses und der Ernennung eines besonderen Prozeßpflegers. Bei der Beschlußfassung hierüber hat die Partei, die beklagt wird, nach § 47 Abs. 4 kein Stimmrecht.

§ 50. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 25. Das Selbsthilferecht der Minorität nach § 50 gilt nicht im Liquidationsstadium hinsichtlich der Abberufung von Liquidatoren. Vgl. auch oben zu § 254 HGB.

§ 51. Abs. 3. Berufung der Generalversammlung; Tagesordnung. **RG.** LeipzZ. **14** 178. In der Gesellschafterversammlung ist nach Ansicht des Berufungsgerichts ein gültiger Aufrechnungsbeschluß nicht zustande gekommen, weil mit der Tagesordnung „Vorlage der Bilanz" nicht zugleich die Beschlußfassung über einen mit der Firma N. zu schließenden Aufrechnungsvertrag und Einberufung der restlichen Stammeinlage angekündigt war. Diese Rechtsauffassung ist richtig.

§ 52. Aufsichtsrat. **RG.** BauersZ. **22** 8, 83, R. **14** Nr. 2130, 2131. Dem Aufsichtsrate steht eine Vertretungsbefugnis für die GmbH. nur bei Rechtsgeschäften mit den Geschäftsführern zu; darüber hinaus hat er gegenüber anderen Personen eine Vertretungsbefugnis nicht und es kann ihm eine solche auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden. Auch hat der Aufsichtsrat kein Anfechtungsrecht gegenüber den Beschlüssen der Generalversammlung.

Vierter Abschnitt. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 53 1. BadRpr. **13** 159, DNotV. **14** 749 (Karlsruhe). Durch Eintragung einer in unzulässiger Weise beschlossenen Statutenänderung erlangt diese keine Gültigkeit.

2. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 125. Die Grenzen der Zulässigkeit der Statutenänderung sind im Gesetze nicht allgemein bestimmt. Wann die als solche angemeldete Statutenänderung unzulässig ist, weil sie aus dem Gründungsvertrage Bestimmungen entfernen oder letztere dahin abändern will, daß für die bisher eingetragene Gesellschaft die Grundlagen, die bei ihrer Entstehung als vorhanden angemeldet wurden, verschwinden, ergibt sich aus § 3. Ebenso gibt das Gesetz in den §§ 55, 58, 76 einzelne Regeln. Im übrigen ist aber nach Lage des Falles zu beurteilen, ob eine zuläßige Statutenänderung oder eine nur durch einen Neugründungsvertrag mögliche Neuschöpfung vorliegt. In einem Falle meldete eine auf Geldeinlagen gegründete GmbH. als Statutenänderung an, daß an Stelle der von einem Gesellschafter übernommenen Bareinlage eine Grundstücksillation treten solle unter gleichzeitiger durch diese Illation bedingten Änderung des Unternehmensgegenstandes. Während die letztere vom Registergerichte zugelassen wurde, wurde die erstere abgewiesen. Vgl. oben § 5.

§ 54. Eintrag und Veröffentlichung einer Satzungsänderung. BauersZ. **22** 106 (KG.). Der Umfang dessen, was einzutragen ist und dessen, was veröffentlicht werden muß, deckt sich nicht immer; sondern der Umfang der Veröffentlichung bemißt sich danach, ob die Abänderung solche Bestimmung betrifft, bezüglich deren der § 10 Abs. 3 und § 12 die Publikation vorschreibt. Hiernach ist aber bei Statutenänderung stets die Notwendigkeit der Publikation zu bejahen.

§ 55. Kapitalserhöhung. 1. *Cantor, LeipzZ. **14** 1877. Zu den Beschlüssen der GmbH., welche eine Vermehrung der Leistungspflichten der Gesellschaften bedeuten, gehört angesichts der in **RG. 82** 116 ausgesprochenen Haftung sämtlicher Gesellschafter aus § 24 GmbHG. für die Integrität des gesamten jeweiligen

Stammkapitals der GmbH. auch der Kapitalserhöhungsbeschluß, welcher daher nur mit Zustimmung aller Gesellschafter gefaßt werden kann.

2. **RG.** JW. **14** 935, LeipzZ. **14** 1714, HoldheimsMSchr. **14** 267, BauersZ. **22** 10, 63, ZAktWes. **14** 135, R. **14** Nr. 2752. Die Eintragung eines geringeren als des beschlossenen Betrags der Kapitalserhöhung ist nichtig. Es liegt nicht ein Minus, sondern ein aliud vor; denn die Beteiligung an gewerblichen Unternehmungen wird für den verständigen Geschäftsmann in der Regel davon abhängig sein, daß das Kapital, das er für das Unternehmen für erforderlich hält, auch aufgebracht wird.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 185, BauersZ. **21** 276, DJZ. **14** 630. Die Gesellschafter haben einen Anspruch auf gleichmäßige Behandlung bei der Zuteilung von Stammkapital. In der Regel enthält der Zwang zum Verzicht auf Vorrechte eine Verletzung der Gleichberechtigung und immer wird ein solcher Zwang schon dann ausgeübt, wenn eine der beiden Alternativen in der Aufgabe des Vorrechts besteht. Daß der Zwang Erfolg habe, ist nicht erforderlich.

4. Haftung der Gesellschafter für Fehlbeträge der Stammeinlage bei Kapitalserhöhung vgl. oben Ziff. 1 zu § 24.

5. Einfluß des Konkurses auf einen Kapitalserhöhungsbeschluß. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 130, BauersZ. **21** 231, LeipzZ. **14** 776, R. **14** Nr. 832. Der Konkurs macht einen nicht eingetragenen Kapitalserhöhungsbeschluß unwirksam; das darauf Bezahlte ist Konkursforderung, nicht Masseschuld.

6. BauersZ. **22** 57. Ein Geschäftsführer, der einem Dritten verspricht, ihn an dem Erhöhungskapital beteiligen zu wollen, haftet mit diesem Versprechen nicht persönlich. Der Dritte kann sich auch nicht darauf berufen, daß der Geschäftsführer bislang keine Gesellschaftsversammlung einberufen hat, die über die Kapitalserhöhung beschließen soll. Eine Klage gegen die Gesellschaft ist dem Dritten auch nicht gegeben, da sie noch gezwungen werden kann, sich für eine Kapitalserhöhung zu entscheiden.

7. BauersZ. **22** 12. Der einzelne Gesellschafter, der gegen eine Kapitalserhöhung gestimmt hat, hat nicht das Recht den Beschluß auf Kapitalserhöhung anzufechten, weil möglicherweise ein Teilhaber den von ihm gezeichneten neuen Geschäftsanteil nicht voll einbezahlt und deshalb nach § 24 die anderen Gesellschafter zur Deckung des Fehlbetrags herangezogen werden könnten.

Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 60. Auflösung. 1. BauersZ. **21** 251, KGJ. **45** 178, RJA. **13** 112, DNotV. **14** 751, R. **14** Nr. 2132 (KG.). Die bloße Einstellung des Gewerbebetriebs führt noch nicht zur Auflösung der Gesellschaft. Vielmehr bedarf es dazu nach § 60 Abs. 1 Ziff. 2 eines besonderen Beschlusses der Gesellschafter, der allerdings formlos gefaßt werden kann, da § 53 Abs. 2 nicht anwendbar ist.

2. Recht eines Gesellschafters auf Auflösung. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 156, BauersZ. **22** 10, R. **14** Nr. 685, DNotV. **14** 749. Wenn auch die bloße Tatsache, daß im Gesellschaftsvertrage die Gesellschaftsdauer auf eine bestimmte Zeit festgesetzt ist, im allgemeinen für den einzelnen Gesellschafter ein Recht auf Auflösung der Gesellschaft mit Ablauf der Zeitdauer nicht begründet, so kann sich doch aus besonderen Umständen ergeben, daß jene Festsetzung der Ausdruck des Willens der Vertragschließenden ist, jedem Gesellschafter ein Recht auf Auflösung der Gesellschaft zu der bestimmten Zeit zu gewähren, so daß es zur Verlängerung der Gesellschaftsdauer der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf. Das Berufungsgericht nimmt einen solchen Fall mit Recht an wegen der im Statut den Gesellschaftern auferlegten Pflicht, in den Depots der Gesellschaft zu bunkern. Es erwägt, daß diese Pflicht für die

Gesellschafter eine lästige, ihre wirtschaftliche Freiheit beengende war, indem sie ihnen die Bezugsquelle und die Bezugspreise vorschrieb und dadurch die Ausnutzung günstiger Konjunkturen ausschloß.

3. Statutarische Dauer der GmbH. als Sonderrecht eines Gesellschafters. a) BayerZ. **21** 208. Hat ein Gesellschafter neben seiner Stammeinlage noch als weitere Leistung seine Fabrikanlage, die überhaupt erst den Gesellschaftszweck erfüllbar machte, der Gesellschaft zur Verfügung gestellt mit der Verpflichtung, während der längeren Dauer des Vertrags für die Gesellschaft tätig zu werden, dann verletzt eine vorzeitige Auflösung der Gesellschaft durch Mehrheitsbeschluß ohne Zustimmung des Gesellschafters dessen Sonderrecht. **b) RG.** HoldheimsMSchr. **14** 53, SeuffA. **69** 241. Einem Gesellschafter kann ein Sonderrecht dahin verliehen werden, daß die Gesellschaft nicht ohne seine Zustimmung vor Ablauf der im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Dauer durch Gesellschafterbeschluß aufgelöst werden darf. Das Recht der anderen Gesellschafter aus einem wichtigen Grunde nach § 61 auf Auflösung zu klagen, bleibt daneben bestehen. — Ebenso DNotV. **14** 750 (Rostock).

§ 61. Auflösung. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 783, wendet sich gegen die Klage auf Auflösung, an deren Stelle er ein Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit mit Dissoziation eingeführt sehen möchte.

2. Auflösung durch Richterspruch. **RG.** BayerZ. **21** 159, HoldheimsMSchr. **14** 53, LeipzZ. **14** 280. Das Erfordernis des § 61 (drohende Gefahr) ist schon gegeben, wenn durch einen Umstand das Gedeihen und die Fortentwicklung der Gesellschaft gefährdet wird. Der gefährdende Umstand kann auch in dem Verhalten eines Gesellschafters bestehen, namentlich darin, daß ein Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag fortgesetzt verletzt und das Gedeihen der Gesellschaft dadurch gefährdet. Deshalb ist eine Auflösung der GmbH. durch Richterspruch auch dann zulässig, wenn ein Geschäftsführer, der aus Gründen seiner Beteiligung nicht abberufen werden kann, fortgesetzt und trotz Hinweises auf seine Nichtberechtigung Vorschüsse entnimmt. Daß die Gesellschaft eine die unberechtigte Geldentnahme untersagende einstweilige Verfügung oder ein entsprechendes Urteil erwirken konnte, ist unerheblich.

§ 64. Konkurs. 1. **RG.** ZAktWes. **14** 66. Für die Konkursanmeldepflicht der GmbH. gilt nur die materiell, nicht die formell richtige Bilanz; die Anmeldepflicht besteht also auch dann, wenn infolge einer durch Vorsatz bewirkten oder durch Fahrlässigkeit verschuldeten ungenauen Abfassung die Bilanz den tatsächlichen Verhältnissen zuwider die Überschuldung nicht erkennen läßt.

2. **RG.** GoltdA. **61** 347. Eine im Hauptbuche vorgenommene Zusammenstellung und rechnerische Vergleichung der Konten kann als „Zwischenbilanz" im Sinne des § 64 bewertet werden.

3. **RG.** R. **14** Nr. 2193. Die Konkurseröffnung ist bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ohne Verzug, also ohne schuldhaftes Zögern und mit tunlichster Beschleunigung zu beantragen; eine Überlegungsfrist kennt das Gesetz nicht.

§ 66. Liquidation. 1. BayerZ. **21** 257. Bei der GmbH. ist die juristische Person auch nach Einstellung des Geschäftsbetriebs Träger der bestehenden Rechte und Verpflichtungen. Die Gesellschaft hört mit dem Eintritte der Liquidation nicht auf, nur Art und Zweck werden verändert. Solange ein Rechtsstreit schwebt, ist die Liquidation nicht beendet.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 103, DNotV. **14** 752. Der Beschluß, daß die Liquidation an einem anderen Orte als am statutenmäßigen Sitze der Gesellschaft geführt werden soll, bedarf als der einer Statutenänderung zu seiner Wirksamkeit der Eintragung in das Handelsregister.

3. Bestellung der Liquidatoren. a) Marcus, HoldheimsMSchr.

14 71. Nach § 146 HGB. besteht für den Gesellschafter einer oHG. die Pflicht zur Übernahme des Amtes eines Liquidators. Eine gleiche gesetzliche Vorschrift besteht für die GmbH. nicht. Doch könnte aus der halbindividualrechtlichen Beziehung der Gesellschaft gefolgert werden, daß, wenn nicht das Statut ausdrücklich das Gegenteil bestimmt, und zumal, wenn die Gebundenheit durch Unveräußerlichkeit der Geschäftsanteile verstärkt ist, in Analogie des § 146 die Pflicht zur Übernahme des Liquidatorenpostens auf jedem Gesellschafter ruht, soweit er hierfür geeignet ist. Vgl. oben zu § 295 HGB. und unten zu § 83 GenG. b) BayerZ. **22** 111. Die Gläubiger einer GmbH. können nicht die Bestellung gerichtlicher Liquidatoren verlangen.

4. Abberufung der Liquidatoren. a) Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 25. Kein Recht der Minorität, die Abberufung von Liquidatoren im Wege des § 50 zu betreiben. b) Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 101, für Kontrollrecht des Registerrichters bei Bestellung und Abberufung von Liquidatoren in analoger Anwendung der §§ 146, 147 HGB.

§ 68. Abs. 3. **KG.** R. **14** Nr. 3044. Die Fortführung der Firma als Liquidationsfirma setzt voraus, daß der GmbH. die Firma noch zusteht. Hat dagegen die GmbH. ihr Geschäft mit der Firma veräußert, und ist sie damit erloschen, so hat der Liquidator, ohne eine Firma zu gebrauchen, das übriggebliebene Vermögen der Gesellschaft im Interesse aller Beteiligten im Rechtsverkehre zu vertreten. In solchem Falle handelt es sich, je nachdem mehrere Gesellschafter vorhanden oder die Gesellschaftsanteile in einer Hand vereinigt waren, um Gesamthandvermögen oder um Sondervermögen.

§ 74. Liquidationswiedereröffnung. 1. Vgl. oben zu § 302 HGB.

2. RJA. **14** 42. Das **RG.** **41** 93 hat ausgesprochen, daß die Aktiengesellschaft in Liquidation so lange fortbesteht, bis jedes vermögensrechtliche Substrat beseitigt ist. Die Eintragung der Beendigung der Liquidation bleibe, falls noch Vermögen vorhanden, auf den Fortbestand der Aktiengesellschaft ohne Einfluß. Diese Grundsätze sind unbedenklich auf die GmbH. anwendbar. Ist aber hiernach die Liquidation fortzusetzen, so folgt daraus, daß mangels einer entgegenstehenden Bestimmung der frühere Liquidator ohne weiteres wieder in Tätigkeit tritt. Unrichtig Marcus, HoldheimsMSchr. **17** 27. § 302 Abs. 4 ist nur eine für Aktiengesellschaften erlassene Sonderbestimmung, die auf GmbH. keine Anwendung findet. Ist der frühere Liquidator nicht mehr da, so ist nach § 66 ein neuer Liquidator zu bestellen, eventuell erfolgt die Bestellung nach §§ 29, 48 HGB. durch das Amtsgericht. — Zustimmend Josef, HoldheimsMSchr. **14** 174, der in Übereinstimmung mit dem KG. auch hervorhebt, daß der frühere Liquidator berechtigt sei, gegen die Wiedereröffnung der Liquidation Beschwerde einzulegen. Der gleiche Grundsatz gilt nach Josef für die oHG. und die Kommanditgesellschaft. — Vgl. auch Marcus, R. **14** 292, der die Vorschrift des § 302 Abs. 4 HGB. für analog anwendbar hält. Nach ihm hat der Registerrichter nur festzustellen, ob ein Rechtsgrund und ein Bedürfnis für Wiederherstellung der Organisation der Gesellschaft glaubhaft gemacht ist. Das ist genügend, aber auch erforderlich. Nach Feststellung schreitet der Registerrichter (wichtig wegen der Kosten!) weiter ein durch Liquidatoren-Neubestellung, wobei er auch Anträge Beteiligter berücksichtigt. Wenn § 304 Abs. 4 besagt, daß diese Aktionen geboten sind, wenn sich nachträglich noch weiteres der Verteilung unterliegendes Vermögen herausstellt, so ist damit wohl der Regelfall gemeint, eine Wiedereröffnung der Liquidation aber doch nicht ausgeschlossen, wenn der Fall so gelagert ist, daß übergangene Gläubiger sich an die gelöschte Gesellschaft halten wollen, dafür aber eine Organsvertretung brauchen.

3. Wiederherstellung des gelöschten Eintrags einer durch Konkurs aufgelösten GmbH. BayRpflZ. **14** 173, LeipzZ. **14** 785, OLG. **28** 365, R. **14** Nr. 1173, DNotV. **14** 752 (BayObLG.). Die GmbH. tritt mit der Beendigung des Konkurses in Liquidation. Durch die Auflösung ist nur der Erwerbstätigkeit ein Ziel gesetzt, hinsichtlich begründeter Rechtsverhältnisse verschwindet sie aber nicht aus dem Verkehre; diese müssen vielmehr im Konkurs- event. im Liquidationsverfahren erledigt werden. Solange noch also ein Rechtsstreit schwebt, ist die Aufgabe der Liquidatoren nicht beendet.

§ 75. 1. Über Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags (bedingte Beitrittserklärung) vgl. oben Ziff. 1 zu § 2.

2. **RG.** **82** 288 (Nichteinzahlung des Viertels der Stammeinlage kein Nichtigkeitsgrund für die Gesellschaft). JDR. **12** § 75 a.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 104, R. **14** Nr. 406. Die allgemeine Vorschrift des § 139 BGB. muß hinter der besonderen des § 75 GmbHG. zurücktreten, wonach eine GmbH. nur in ganz bestimmten Fällen für nichtig erklärt werden kann. Die Nichtigkeit einer einzelnen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags macht daher den übrigen Gesellschaftsvertrag nicht nichtig.

§ 77. **RG.** R. **14** Nr. 2753. Von der Aufrechthaltung eines nichtigen eingetragenen Beschlusses im Interesse der Gläubiger kann nicht die Rede sein, wenn diese Nichtigkeit aus den Registerbeilagen selbst ohne weiteres erkennbar war.

Sechster Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 78. 1. Anmeldepflicht des Geschäftsführers. BauersZ. **21** 160. Anmeldepflicht des stellvertretenden Geschäftsführers vgl. § 7.

2. BauersZ. **21** 251 (KG.). Ein Gesellschafter kann nicht zur Anmeldung der Auflösung der GmbH. angehalten werden, sondern nur der Geschäftsführer. Das gilt auch dann, wenn sämtliche Geschäftsanteile in einer Hand vereinigt sind. Es fehlt auch dem Registerrichter an der Befugnis, die Annahme des Amtes als Geschäftsführer oder Liquidator zu erzwingen.

§§ 80, 81. Wein, BayRpflZ. **14** 417, behandelt die Frage der Umwandlung einer GmbH. in eine Aktiengesellschaft.

§§ 82—84. Strafbestimmungen. Ziff. 1. a) Conrad, R. **14** 154. Der Geschäftsführer, der in einer notariellen Verhandlung der Wahrheit zuwider die Versicherung abgegeben hat, das von einem Gesellschafter geschuldete Einlageviertel sei an ihn bezahlt, und der einige Tage später die Vorlage dieser Erklärung durch den Notar an das zuständige Registergericht gestattet, macht sich auch dann strafbar, wenn er zwar hofft, die Einzahlung werde bis zu diesem letzten Zeitpunkte nachgeholt sein, dabei aber doch mit der Möglichkeit rechnet, seine Erklärung werde im letzten Zeitpunkte dem wahren Sachverhalte nicht entsprechen und dennoch die Einreichung auf die Gefahr hin billigt, daß ein solcher Erfolg eintrete. b) **RG.** (Straff.) **48** 153, BauersZ. **22** 58, R. **14** Nr. 1519. An der **RG.** (Straff.) **38** 128 **43** 250, 430 vertretenen Ansicht, daß §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 sich auch auf die Sacheinlagen beziehen, ist festzuhalten, ebenso an der Rechtsansicht, daß das Gesetz vor der Anmeldung die Einzahlung von ein Viertel der gesamten in Geld zu zahlenden Einlage unter Ausscheidung der Sacheinlage fordert (aM. GoltdA. **48** 305).

§ 84. 1. Über BauersZ. **21** 193 vgl. oben zu § 315 HGB.

2. **RG.** (Straff.) **47** 154, R. **14** Nr. 1052. Der Geschäftsführer, der es nach Verurteilung aus § 84 fernerhin unterläßt, Eröffnung des Konkurses zu beantragen, kann nochmals bestraft werden.

Anhang.

A. Stempelrecht.

I. Reichsstempelgesetz. 1. Tarifst. I A e. BauersZ. 22 42. Der $^2/_{10}$ prozentige Reichsstempel für Abtretung von Geschäftsanteilen ist auch dann zu entrichten, wenn die GmbH. bei Veräußerung noch nicht in das Handelsregister eingetragen war.

2. SächsFinanzMin., SächsRpflA. 14 229. Die Abtretung von Anteilen einer GmbH. seitens des Gesellschafters oder dessen Erben an einen anderen Gesellschafter, die Gesellschaft oder einen Dritten ist reichsstempelpflichtig. Die Erhebung eines Landesstempels daneben ist ausgeschlossen.

3. **RG.** BauersZ. 22 111. Lieferungsverträge einer Verkaufsgesellschaft mbH. (Syndikat) fallen nicht unter die Befreiungsvorschrift der Tarifst. 32. Da die Verkaufs-GmbH. ein selbständiges, von den Personen ihrer Mitglieder zu trennendes Rechtssubjekt darstellt und die den Gegenstand des Lieferungsvertrags bildenden Waren im gewerblichen Betriebe von Mitgliedern der GmbH. erzeugt sind, konnte die Befreiungsvorschrift nur Platz greifen, wenn der Betrieb der Mitglieder als Betrieb der GmbH. aufzufassen wäre. Dazu war nötig, daß der Einzelbetrieb nach Weisung, auf Gefahr und für Rechnung der GmbH. geführt wird. Das ist nicht der Fall.

II. Hessisches Recht. HessRspr. 14 362 (Minist.). Das bei Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH. von den Gesellschaftern miteinbezahlte Aufgeld (Agio) ist nicht stempelpflichtig nach HessUrkStempG. Tarif Nr. 37 I b, sondern nach Tarif Nr. 84.

III. Preußen. BauersZ. 21 259 (KG.). Gebührenberechnung nach § 72 PrGKG. bei Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals.

B. Steuern.

1. Gemeindeeinkommensteuer. a) BauersZ. 21 233. Kommunale Besteuerung des Umsatzes von Geschäftsanteilen der Grundstücksgesellschaften; de lege ferenda. b) BauersZ. 21 163. Heranziehung der GmbH. zur preuß. Gemeindeeinkommensteuer. Vgl. ZAktWes. 14 124.

2. Staatseinkommensteuer. a) BauersZ. 21 158. Hinzurechnung des Geschäftsführergehalts zu dem steuerpflichtigen Einkommen der GmbH. b) BauersZ. 22 14 (OVG.). Schätzung des steuerpflichtigen Einkommens, und zwar für jedes Geschäftsjahr besonders, wenn die Einreichung der Bilanzen und die Vorlage der Bücher verweigert wird. c) Hinsberg, HoldheimsMSchr. 14 29. Das OVG. hat in seiner neueren Rechtsprechung den zweifellos richtigen Grundsatz aufgestellt, daß die Übernahme des Amtes eines Geschäftsführers als gesellschaftliche Verpflichtung nicht zu vermuten ist, daß es vielmehr einer dahingehenden positiven Feststellung bedarf, wenn die dem Geschäftsführer zu zahlende Entschädigung von dem Gewinne der Gesellschaft nicht in Abzug gebracht werden darf.

3. Gewerbesteuer. a) DJZ. 14 575 (OVG.). Durch die nachträgliche Nichtigkeitserklärung einer GmbH. wird ein bestehender Steueranspruch nicht berührt. Die Gesellschaft besteht dann als Liquidationsgesellschaft weiter und die Liquidatoren sind zur Einlegung von Rechtsmitteln legitimiert. b) DJZ. 14 575 (OVG.). Ist die GmbH. nur zu dem Zwecke gegründet, um als Bevollmächtigte oder als Organ einer anderen Gesellschaft in deren Interesse ohne eigenen Gewinnzweck tätig zu sein, so betreibt sie kein Gewerbe. c) DJZ. 14 575 (OVG.). Die Bewertung der einzelnen Bestandteile des Anlage- und Betriebskapitals sowie die Feststellung der hiervon abzugsfähigen laufenden

Geschäftsschulden muß für einen und denselben Zeitpunkt erfolgen, weil sie in enger Beziehung zueinander stehen.

4. Umsatzsteuer. BauersZ. 22 43 (OVG.). Der Erwerb sämtlicher Anteile einer Grundstücks-GmbH. unterliegt nicht der Umsatzsteuer.

Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Vorbemerkung: I. Die Rechtsprechung des RG., soweit sie in der offiziellen Sammlung Bd. 83 und 84 veröffentlicht ist, hat, abgesehen von dem Urteile **RG. 83** 45 über Beitrittserklärung vor Eintragung der Genossenschaft, das schon im vorigen Bande des Jahrbuchs bei § 15 Ziff. 3 abgedruckt ist, nur in einem einzigen Falle sich mit Bestimmungen des GenG. zu beschäftigen gehabt. Es ist dies das bei § 34 Ziff. 5 wiedergegebene Urteil über Verjährung der Ansprüche aus Pflichtverletzungen des Vorstandes. Von den in anderen Zeitschriften veröffentlichten reichsgerichtlichen Urteilen sei noch hervorgehoben das zu § 42 ergangene über die Grenzen einer vom Vorstand erteilten Vollmacht. Die Frage, ob Eintragungen in die Liste der Genossen mit Beschwerde anfechtbar seien (§ 10), ist vom KG. unter Festhalten an seiner bisherigen Rechtsprechung verneint worden. Die Ansicht des KG. wird von Josef mit guten Gründen bekämpft.

II. Deumer, LeipzZ. **14** 1352, bespricht den vom Reichstagsabgeordneten Faßbender und Gen. eingebrachten Antag auf Abänderung des GenG.

Erster Abschnitt. Errichtung der Genossenschaft.

§ 8. Ziff. 2. ElsLothJZ. **39** 34, DNotV. **14** 757 (Colmar). Die Eintragung eines Genossen kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil nach dem Statut nur Einwohner eines bestimmten Ortes Mitglieder werden können und der Angemeldete nicht dort wohnt. Nach § 29 Bek. des BR. vom 1. Juli 1899 hat das Registergericht grundsätzlich nicht zu prüfen, ob die Beitrittserklärung eines Genossen wirksam ist oder nicht; es kann aber dann die Eintragung ablehnen, wenn die Unwirksamkeit sich aus gerichtsbekannten Tatsachen zweifellos ergibt. Das ist hier nicht der Fall. Bei der betreffenden Bestimmung des Statuts handelt es sich nur um eine Beschränkung, die die Genossenschaft sich selbst gesetzt hat. Die Genossenschaft ist nicht gehindert, bei der Aufnahme von der Beschränkung abzusehen.

§ 10. 1. Prüfungspflicht des Registerrichters s. § 16.

2. R. **14** Nr. 2744 (BayObLG.). Eine Bestimmung der Satzung, wonach gewisse Beschlüsse der Zustimmung aller Genossen bedürfen, ist gültig und seitens des Registergerichts von Amts wegen zu berücksichtigen. Der Registerrichter hat vor Eintragung eines solchen Beschlusses das Protokoll über die Generalversammlung einzusenden. — Vgl. BayRpflZ. **14** 307.

3. Beschwerde gegen Eintragungen in die Liste der Genossen. a) RJA. **13** 30, ZBlFG. **14** 714, DNotV. **14** 756, R. **14** Nr. 1163 (KG.). Das KG. hat bereits in KGJ. **41** 102 dargelegt, daß die Verfügung, durch die eine Eintragung in das Handelsregister angeordnet wird, lediglich ein Internum des Gerichts ist, die im Beschwerdewege nicht angefochten werden kann und daß eine in das Handelsregister erfolgte Eintragung nur im Wege des Löschungsverfahrens nach §§ 142 ff. FGG. beseitigt werden kann. Das gilt auch für Eintragungen in die Liste der Genossen. Zwar sieht das FGG. die entsprechende Anwendung der §§ 142, 143 nur bezüglich der Eintragung in das Genossenschaftsregister vor, jedoch schreibt die Bek. des RK. vom 1. Juli 1899 vor, daß das gleiche auch für die Liste der Genossen gilt. — Der vom KG. entschiedene Fall lag so, daß mehrere Personen in die Genossenliste eingetragen waren auf Grund von Beitrittserklärungen, von

denen die Beitretenden „außer ihrem mit der Mitgliedschaft verbundenen gesetzlichen Geschäftsanteile noch weitere Geschäftsanteile gezeichnet hatten". Die Beteiligung auf die weiteren Geschäftsanteile war nicht eingetragen worden, und wurde erst, nachdem der Konkurs über die Genossenschaft eröffnet war, eingetragen. **b**) Gegen dieses Urteil wendet sich Josef, HoldheimsMSchr. **14** 170. Auch die Eintragung sei eine „Verfügung" im Sinne des § 19 FGG., und unterliege demnach der Beschwerde. Andernfalls wäre § 122 Satz 1 FGG. überflüssig, der die Beschwerde gegen eine Eintragung in das Schiffsregister für unzulässig erkläre. Die weitere Voraussetzung bei der Beschwerde, nämlich, daß durch die Eintragung ein Recht beeinträchtigt werde (§ 20 FGG.), sei ebenfalls gegeben, weil jede Eintragung eine Vermutung für die Richtigkeit des eingetragenen Verhältnisses erzeuge. Da eine durch den Erwerb neuer Geschäftsanteile verstärkte Beteiligung am Geschäftsbetriebe sich mit den Aufgaben einer in Konkurs verfallenen Genossenschaft nicht mehr verträgt und der Erwerb eines Geschäftsanteils sich erst mit der Eintragung in die Genossenliste vollendet, so kann eine bereits vor der Konkurseröffnung bewirkte Beteiligungserklärung nicht mehr durch Eintragung nach Konkurseröffnung zum Erwerbe des weiteren Geschäftsanteils führen.

4. HoldheimsMSchr. **14** 265 (KG.). Auf das Offiziallöschungsverfahren von Eintragungen in das Genossenschaftsregister finden nicht die §§ 142, 143 FGG., sondern nur § 147 FGG. Anwendung.

§ 15. Beitrittserklärung vor Eintragung der Genossenschaft. **RG. 83** 45, JDR. **12** § 15 Ziff. 3.

§ 16. Statutenänderung. 1. RJA. **13** 24, ZBlFG. **14** 710, DNotV. **14** 754, R. **14** Nr. 1166 (KG.). Die Annahme einer neuen Satzung durch die Genossenschaft ist rechtlich nicht anders zu beurteilen als eine Satzungsänderung, mögen auch in vielen oder allen Bestimmungen Änderungen des Inhalts oder der Wortfassung der bisher geltenden Satzungen vorgenommen sein. Das Verlangen des Registergerichts, daß die für die Eintragung einzureichenden Urkunden die beschlossenen Änderungen im einzelnen angeben oder die geänderten Vorschriften ohne weiteres ersichtlich machen müßten, findet im Gesetze keine Stütze. Der Richter ist nicht berechtigt, der Genossenschaft, die ihre Statuten als Ganzes einer formellen und inhaltlichen Verbesserung unterziehen will, durch seine Eintragungsweigerung das minder praktische Verfahren aufzuzwingen, an die Stelle der Neufassung eine große Zahl von Einzeländerungen zu setzen. Es ist weiter zulässig, daß das neue Statut dem Protokolle der Generalversammlung als Anlage beigegeben wird; damit wird es Bestandteil des Protokolls. Die Zusammengehörigkeit der Urkunden muß aber aus diesen selbst erkennbar sein. Der förmlichen Bezeichnung des Statuts als eine Protokollanlage bedarf es nicht; nur muß das Protokoll mit der Anlage in eine Verbindung gesetzt werden, die den Inhalt des Beschlusses klar stellt. Fehlen unter der Satzungsurschrift die erforderlichen Unterschriften, so wird die Satzung nicht Bestandteil des Protokolls; der Beschluß wäre dann aus dem Protokolle seinem Inhalte nach überhaupt nicht bestimmbar und mithin für den Registerrichter nicht die geeignete Grundlage einer Eintragung.

2. OLG. **27** 355, DNotV. **14** 755 (Hamburg). Wirkungslosigkeit bei unterbliebener Eintragung. Jede Abänderung des Statuts — auch die Erhöhung des Geschäftsanteils enthält eine solche — bedarf zur Rechtswirkung der Eintragung. Der Ausschluß der Rechtswirkung eines nicht eingetragenen Abänderungsbeschlusses ist unbeschränkt; er betrifft also nicht nur die Beziehungen der Genossenschaft nach außen, sondern ebenso die zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern.

3. BayRpflZ. **14** 307, R. **14** Nr. 2743 (BayObLG.). Prüfungsrecht

des Registergerichts. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Registergericht grundsätzlich das ordnungsmäßige Zustandekommen eines Generalversammlungsbeschlusses zu prüfen hat. Jedenfalls ist daran festzuhalten, daß der Beschluß beanstandet werden muß, wenn sich aus der Anmeldung ergibt, daß bei der Beschlußfassung gegen Gesetz oder Satzung verstoßen worden ist. Unrichtig ist die Meinung, daß das vom Vorstand eingereichte Protokoll nicht berücksichtigt werden dürfe, weil der Vorstand zur Vorlegung (nach §§ 11, 16) nicht verpflichtet sei, der Registerrichter also nur zufällig und persönlich, aber nicht amtlich Kenntnis davon erlangt habe. Der Richter wird mit allem amtlich befaßt, was ihm vorgetragen wird, er darf und muß sich daran halten, auch wenn es zum Nachteile des Antragstellers ist.

4. Satzungsbestimmung, daß Beschlüsse der Generalversammlung einstimmig gefaßt werden müssen, vgl. § 51.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

§ 17. 1. Lenel, LeipzZ. **14** 1839. In § 8 AbzG. ist bestimmt, daß die Vorschriften des AbzG. keine Anwendung finden, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Nach § 17 GenG. gilt die eingetragene Genossenschaft als Kaufmann im Sinne des HGB.; ins Handelsregister wird sie nicht eingetragen. Ratio legis des AbzG. ist, daß der Geschäftsbetrieb des eingetragenen Kaufmanns den Schutz des AbzG. nicht braucht. Diese ratio gilt genau ebenso für die eingetragene Genossenschaft. Daß sie nicht in das Handelsregister, sondern in das Genossenschaftsregister eingetragen wird, spielt keine Rolle. Ebenso Deumer, Recht der eingetr. Gen. 120. AM. Rehme, GöttGelAnz. **14** 384.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 25. **RG.** R. **14** Nr. 828. Das Gesetz schließt die Möglichkeit einer stillschweigenden Willenserklärung des Vorstandes nicht aus, es macht nur die Wirksamkeit von Willenserklärungen des Vorstandes von der Zustimmung der sämtlichen Vorstandsmitglieder und, wenn das Statut hierüber anders bestimmt, von der Zustimmung mindestens zweier Vorstandsmitglieder abhängig.

§ 34. Haftung der Vorstandsmitglieder. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 186. § 34 ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

2. **RG.** JW. **14** 476, BauersZ. **21** 228, **22** 73, HoldheimsMSchr. **14** 186, LeipzZ. **14** 952, GruchotsBeitr. **58** 1127, R. **14** Nr. 829. Bei Prüfung der von dem Vorstande nach § 34 Abs. 1 anzuwendenden Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Derjenige, der das mit schwerer zivil- und strafrechtlicher Verantwortlichkeit belastete Amt eines Vorstandsmitglieds ohne die hierzu erforderlichen geschäftlichen Kenntnisse übernimmt, ist von einem Verschulden nicht freizusprechen. Grundsätzlich kann auch eine nicht satzungsgemäß vorgesehene, sondern unter den Mitgliedern des Vorstandes bloß tatsächlich geübte Verteilung der Geschäfte das einzelne Vorstandsmitglied nicht von der Verpflichtung entbinden, sich um den satzungsgemäß seiner Kontrolle unterliegenden Geschäftsgang im allgemeinen zu kümmern, und zwar auch insoweit, als er nach der tatsächlichen Übung in das Geschäftsbereich der anderen Vorstandsmitglieder einschlägt. Allein das schließt nicht aus, daß in einem Einzelfall auf die angeführten Umstände in Verbindung mit anderen Entschuldigungsgründen derart Rücksicht genommen werden darf, daß der Vorwurf des Verschuldens gegenüber einem einzelnen Vorstandsmitglied als nicht gerechtfertigt erscheint.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 186. Klage eines Mitglieds einer in Konkurs geratenen Genossenschaft mit unbeschränkter

Haftung auf Ersatz der Beträge, die er auf Grund seiner Haftpflicht zur Konkursmasse hat zahlen müssen, gegen den Vorstand der Genossenschaft. Zwischen dem Vorstand und den einzelnen Mitgliedern der Genossenschaft besteht kein Vertragsverhältnis.

4. Abs. 4. Verjährung der Ansprüche aus Pflichtverletzungen des Vorstandes. **RG. 83** 354, JW. **14** 310, BauersZ. **21** 169, LeipzZ. **14** 476, 567, R. **14** Nr. 533, 534. § 34 Abs. 4 gibt über den Verjährungsbeginn keine Vorschrift. Es gilt daher, da derartige Ansprüche aus einem zweiseitigen Vertrag entspringen, der § 198 BGB., wonach die Verjährung mit der Entstehung des Schadensersatzanspruchs beginnt. § 852 BGB. bleibt außer Betracht (**RG. 39** 52). Entstanden ist ein Anspruch gemäß § 194 BGB. gegen den pflichtwidrig handelnden Vorstand nicht schon mit der Vornahme der pflichtwidrigen Handlung, sondern in dem Augenblick, in dem der Schuldner rechtlich auf ein Tun oder Unterlassen in Anspruch genommen werden kann. Um die Verjährung des § 34 in Lauf zu setzen, genügt die Möglichkeit, eine die Verjährung unterbrechende Feststellungsklage zu erheben; § 194 verlangt keineswegs, daß die Voraussetzungen zur Erhebung einer Leistungsklage gegeben sein müßten. Besteht die Pflichtverletzung des Vorstandes darin, daß er die von ihm vertretene Genossenschaft zum Beitritt und zu Zahlungen zu einer schon zur Zeit des Beitritts ungünstig stehenden Verkaufsvereinigung verpflichtet hat, so wird die Genossenschaft schon durch den Beitritt, nicht erst durch die Zahlung belastet und von diesem Zeitpunkt ab beginnt die Verjährung zu laufen. Auch wenn die Generalversammlung der Genossen nach dem Beitritte zu der Verkaufsvereinigung beschließt, bei der Verkaufsvereinigung auszuharren und zu dem Zwecke ihre Anteile zu erhöhen und nun auf Grund dieses Beschlusses weitere, den Zusammensturz nicht aufhaltende Zahlungen an die Verkaufsvereinigung gemacht werden, so wird dadurch die Einheitlichkeit des Schadens nicht aufgehoben; es beginnt also auch die Verjährung für diesen Schaden nicht erst mit dem Generalversammlungsbeschlusse, sondern mit dem vorher erfolgten Beitritte.

§ 42. Grenzen der Bevollmächtigung. 1. **RG.** BankA. **13** 208, LeipzZ. **14** 1215, R. **14** Nr. 830. Das Gesetz erfordert allerdings eine gewisse Abgrenzung der dem Bevollmächtigten zugewiesenen Geschäfte und macht davon die Gültigkeit der Bevollmächtigung abhängig. Es verbietet die Bestellung von Prokuristen und von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetriebe. Darin liegt ausgesprochen, daß es sich bei der Bestellung eines Bevollmächtigten immer nur um die Übertragung einzelner bestimmter Geschäfte oder eines erkennbar abgegrenzten Teiles des gesamten Geschäftsbetriebs handeln kann. Innerhalb dieser Grenzen aber ist es zulässig, einem Angestellten auch solche Geschäfte zu übertragen, die ihrer Art nach außerhalb des ihm sonst zugewiesenen Geschäftskreises fallen. Dagegen muß bei Beurteilung der Zulässigkeit einer solchen Bevollmächtigung darauf Rücksicht genommen werden, daß nach den Grundsätzen der §§ 24 ff. die Vertretung der Genossenschaft der Regel nach dem Vorstande zukommt und daß die von diesem abzugebenden Willenserklärungen und die Zeichnungen für die Genossenschaft, falls das Statut nichts anderes bestimmt, durch sämtliche Mitglieder des Vorstandes, mindestens aber zwei Vorstandsmitglieder erfolgen müssen. Die Vorschrift des § 42 kann nicht dazu führen, daß die Wirksamkeit des Vorstandes durch Bestellung von Bevollmächtigten ganz oder auch nur im wesentlichen ausgeschaltet wird.

2. HessRspr. **15** 118 (Darmstadt). Eine vom Vorstand einer Genossenschaft einem Dritten ausgestellte Generalvollmacht ist unwirksam, da sie zu einer Umgehung der Grundsätze der §§ 25, 42 GenG. führen wird.

§ 43. Abs. 3. Stimmrecht der Gesellschafter in eigener Sache vgl. oben zu § 252 HGB.

§ 47. Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen. 1. Josef, HoldheimsMSchr. **14** 168. Der Vorschrift des Statuts, daß Beschlüsse der Generalversammlung durch Aufnahme eines Protokolls zu beurkunden sind, ist genügt, wenn das Protokoll lediglich besagt, daß die Generalversammlung die Ausschließung eines Mitglieds beschlossen hat, mag auch der Grund der Bestrafung im Protokolle nicht angegeben sein. Nur wenn in der Generalversammlung schon streitig war, ob der Genosse aus dem einen oder dem anderen Grunde auszuschließen sei, und ferner die Abstimmung in der Generalversammlung unter Hervorhebung des Grundes erfolgte, muß das Protokoll über diesen Auskunft geben, so daß in solchen Fällen bei mangelnder Angabe des Grundes die Ausschließung nicht als beurkundet gelten kann.

2. Vgl. oben zu § 259 HGB.

§ 51. RJA. **13** 31, ZBlFG. **14** 715, DNotV. **14** 755, R. **14** Nr. 1164 (KG.). Eintragung der Auflösung einer Genossenschaft auf Grund des Beschlusses einer Generalversammlung, in der die in der Satzung vorgesehene Mindestzahl der Genossen nicht anwesend war. Das **RG. 76** 170 hat entschieden, daß Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses vorliege, wenn eine Satzungsbestimmung verletzt sei, nach der für gewisse Satzungsänderungen die Übereinstimmung aller Genossen gefordert werde. Der ausschlaggebende Grund ist der, daß sich die „Bestimmung als vertragliche Grundlage der genossenschaftlichen Vereinigung darstelle, die für alle Genossen gleich verbindlich sei, aber auch jedem Genossen ein unentziehbares Recht" auf die Mitwirkung aller bei diesen Beschlüssen gewährleiste. Ein solches unentziehbares Recht des einzelnen kommt nicht in Frage bei einer Satzungsvorschrift, daß zur Beschlußfassung über die Auflösung außer der Dreiviertelmehrheit der erschienenen Genossen erfordert sei, daß mindestens ein Drittel aller Genossen in der Generalversammlung anwesend sei. Der Einzelne hat keinen Anspruch darauf, zu dem Drittel der Genossen, das anwesend sein soll, zu gehören. Ein Auflösungsbeschluß, der mit Dreiviertelmehrheit gefaßt ist, bindet vorbehaltlich der Anfechtung gemäß § 51 GenG. auch die Abwesenden. Die Anerkennung des Beschlusses ist hier die notwendige Folge der genossenschaftlichen Duldungspflicht, der sich der Einzelne durch seinen Beitritt unterworfen hat. Die hier angeblich verletzte Bestimmung ist mithin nicht als eine der vertraglichen „Grundlagen der genossenschaftlichen Vereinigung" anzusehen. Die Verletzung hat demnach nicht die Kraft, den äußerlich ordnungsmäßigen Tatbestand mit absoluter Wirkung zu zerstören.

Vierter Abschnitt. Revision.

§ 55. Haftung der Revisionsverbände. Deumer, HoldheimsMSchr. **14** 23. Die von Havenstein, DJZ. **13** 693 (vgl. JDR. **12** § 55) vertretene Ansicht, das RG. habe in seinem Urteile vom 24. Januar 1912 die Haftpflicht der Revisionsverbände grundsätzlich verneint, ist nicht richtig. Im Gegenteil hat das RG. die bisher verneinte Haftung bejaht. Es stellt sich dabei auf den Standpunkt, daß zwischen Revisionsverband und der ihm angeschlossenen Genossenschaft ein gesetzliches Schuldverhältnis bestehe, dessen Inhalt die in den §§ 53 ff. geregelte Revisionspflicht bilde.

Fünfter Abschnitt. Ausscheiden einzelner Genossen.

§ 65. Unzulässige Beschränkung des Kündigungsrechts der Genossen. **RG.** JW. **14** 1084, HoldheimsMSchr. **14** 267, R. **14** Nr. 2905. Das Recht zum freiwilligen Austritte soll den Genossen unter allen Umständen gesichert bleiben; seine Ausübung darf nicht durch Bestimmungen beschränkt werden, die dem ausscheidenden Genossen besondere Vermögensnachteile oder andere Lasten

auferlegen (**RG. 33** 66, **42** 82, **71** 391). In dem hier streitigen Falle ist dem ausscheidenden Genossen die Pflicht auferlegt, sich während eines Jahres nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Wettbewerbes zu enthalten. Da nach dem Vertrag alle Genossen verpflichtet sind, ihre Arbeitskraft der Genossenschaft zu widmen, so ist ihnen also für ein Jahr nach dem Ausscheiden der Wettbewerb verboten. Ein solches Verbot verstößt gegen § 65.

§ 70. Nichteintragung des Ausscheidens eines Genossen in die Liste. LeipzZ. **14** 94 = JDR. **12** § 70 a. Vgl. LeipzZ. **14** 952.

§ 73. Haftung des ausgeschiedenen Genossenschafters auf Zahlung eines Anteils am Fehlbetrage; Bilanzanfechtung seitens des Ausscheidenden. **a)** BreslauAK. **14** 18 (Breslau). Ein ausgeschiedener Genosse, der zur Zeit der Genehmigung der Bilanz schon nicht mehr Genosse war, hat zwar nicht die Anfechtungsklage aus § 51 GenG. Trotzdem hat er aber durch sein Ausscheiden nicht das Recht verloren, die Bilanz, die der Auseinandersetzung zwischen ihm und der Genossenschaft zugrunde gelegt wird, zu beanstanden. Denn das Gesetz meint im § 73 Abs. 2 nur eine Bilanz, die vorschriftsmäßig aufgestellt ist und kann deshalb einem ausgeschiedenen Genossen durch Versagung der Klage aus § 51 nicht jedes Mittel nehmen, eine Berichtigung der Unterlage für die Auseinandersetzung herbeizuführen. Der ausgeschiedene Genosse kann jedoch nicht die Auseinandersetzung schon deshalb verweigern, weil in der Bilanz Abschreibungen gemacht sind, die nicht oder nicht in ihrer ganzen Höhe auf dem Statut beruhen. Entsprechen die in der Bilanz eingesetzten Ziffern dem wirklichen Werte, während in den früheren Bilanzen ein unzutreffender höherer Wert angegeben war, so ist es belanglos, daß nach dem Statut eine Abschreibung in der Höhe, wie sie zur Einstellung des wirklichen Wertes notwendig war, verboten war. Eine Herabsetzung früherer Wertangaben bis auf die wirkliche Wertstufe ist unter allen Umständen zulässig, gleichviel ob sie in dem Statut als Abschreibung vorgesehen ist oder nicht. Eine tatsächliche Fehlerhaftigkeit der Bilanz gibt dem ausgeschiedenen Genossen nicht schlechthin das Recht zur Verweigerung der Auseinandersetzung; er kann nur Berichtigung der Bilanz verlangen. **b) RG.** R. **14** Nr. 2746. Der ausscheidende Genosse haftet nur für den aus der Bilanz sich ergebenden Fehlbetrag. Die Genossenschaft muß die von ihren Organen, dem Vorstande und der Generalversammlung, aufgestellte und genehmigte Bilanz im Rechtsverhältnisse zu den Genossen gegen sich gelten lassen. **c)** Vgl. § 122.

§ 77. RJA. **13** 117, DNotV. **14** 759, R. **14** Nr. 2121 (KG.). Die Streitfrage, ob im Falle der Auflösung eines Personenvereins, der Genosse einer eingetragenen Genossenschaft, in analoger Anwendung des § 77 der Personenverein ohne weiteres mit dem Schlusse des Geschäftsjahrs, in dem die Auflösung erfolgte, als ausgeschieden gilt, oder ob eine Aufkündigung des Vereins durch dessen Liquidatoren gemäß § 65 erforderlich ist, hat das KG. unter Aufrechterhaltung seiner Ansicht KGJ. Bd. **14** 55 im letzten Sinne entschieden. Es wird bemerkt, daß von Parisius-Crüger, Birkenbihl nichts vorgebracht sei, das KG. zur Aufgabe seiner Ansicht zu veranlassen und daß auch eine Abgabe an das RG. nicht in Frage komme, da die Entscheidung des OLG. Zweibrücken in einer Prozeßsache und nicht auf eine weitere Beschwerde ergangen sei.

Sechster Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Genossenschaft.

§ 83. Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 71. Wenn auch nach § 83 Abs. 2 die gerichtliche Liquidatorenernennung auf Antrag des Aufsichtsrats erfolgt, so ist doch selbstverständlich, daß das Gericht nicht an die Vorschläge des Aufsichtsrats gebunden ist. Eine andere Frage ist, ob die meist erklärte Selbstablehnung der Vorgeschlagenen ohne weiteres zugelassen werden müsse

und ob ihnen im Falle ihrer Ernennung die Beschwerde nach § 146 FGG. zusteht. Nach richtiger Ansicht ist die Genossenschaft nicht Kapitals-, sondern Personalgesellschaft. Daraus folgt, daß jeder Genosse zur Übernahme aller Organfunktionen für die Gesellschaft, also auch des Amtes eines Liquidators verpflichtet ist. Nur Gründe, die im Einzelfalle aus der persönlichen Ungeeignetheit zu entnehmen sind, berechtigen zur Ablehnung. Vgl. oben zu § 295 HGB., Ziff. 3 zu § 66 GmbHG.

Siebenter Abschnitt. Konkursverfahren und Haftpflicht der Genossen.

§ 111. Anfechtung der Mitgliedschaft einer in Konkurs geratenen Genossenschaft. HessRspr. **14** 338 (Darmstadt). Die Mitgliedschaft eines Beitretenden entsteht erst durch die auf Grund der Erklärung und deren Einreichung erfolgende Eintragung. Eine Eintragung, der eine vom Vorstand eingereichte Beitrittserklärung nicht zugrunde liegt, bewirkt an sich keine Mitgliedschaft. Im Konkursverfahren wird aber durch die vom Konkursverwalter nach § 106 aufzustellende Vorschußberechnung, in der die sämtlichen Genossen namentlich aufzuführen sind, die Mitgliedschaft für das ganze Verfahren bindend festgestellt. Wie in der Rechtsprechung des RG. und Literatur übereinstimmend erkannt ist, bildet die binnen der Notfrist von einem Monate zu erhebende Anfechtungsklage gegen den Verwalter den einzigen Rechtsbehelf nicht nur zur Anfechtung des Beschlusses des Konkursgerichts über die Vollstreckbarkeit der Berechnung, sondern auch zur Anfechtung der Mitgliedschaft. Eine Ausnahme wird nur für den Fall anerkannt, daß der in der Vorschußberechnung in Anspruch Genommene gar nicht in die Liste der Genossen aufgenommen war. Vgl. § 10 Ziff. 3a u. b.

Achter Abschnitt. Besondere Bestimmungen.

I. Für Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht.

§ 122. **RG.** JW. **14** 978 Nr. 3, R. **14** Nr. 2746. Das Mitglied einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht haftet der Genossenschaft gegenüber für den bilanzmäßigen Fehlbetrag. Es fragt sich, wann aus dieser Haftpflicht ein Forderungsrecht der Genossenschaft gegen den Genossen entsteht. Hängt das Recht eines Gläubigers, eine gewisse Leistung zu fordern, von dem ungewissen Eintritt einer künftigen Tatsache ab, so besteht ein bedingtes Forderungsrecht; soll aber auch der Inhalt der Leistung erst durch diese Tatsachen bestimmt werden, ohne daß vorher aus der Natur des Rechtsverhältnisses sich auch nur irgendwelche unteren und oberen Grenzen der Leistung ergeben, so besteht ein Forderungsrecht nicht, wenn auch schon der Grund zu einem künftigen Forderungsrechte gelegt ist. So ist aber jedenfalls so lange, wie ein Fehlbetrag im Vermögen der Genossenschaft nicht besteht, die Rechtslage eines Genossen, der durch seinen Beitritt die Haftung für einen Fehlbetrag übernommen hat. Die Mitgliedschaft begründet für den Genossen also wohl die Möglichkeit des künftigen Entstehens einer Schuldverbindlichkeit, nicht aber eine Schuldverbindlichkeit, auch keine bedingte. Danach bemißt sich auch die Frage, ob der Übernehmer des Vermögens des Genossen nach § 419 BGB. für den Fehlbetrag aufzukommen hat.

III. Für Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht.

§ 134. 1. Eintragung einer vor Konkurseröffnung abgegebenen Beteiligungserklärung nach Eröffnung des Konkurses über die Genossenschaft vgl. § 10 Ziff. 3a u. §§ 111 u. 137.

2. Umgehung der Festsetzung einer Höchstzahl. **RG.** LeipzZ. **14** 1751. Nach der auf § 134 GenG. beruhenden Satzungsvorschrift darf ein Ge-

nosse nicht mehr als fünf Anteile erwerben. Danach verstößt es also gegen Satzung und Gesetz, wenn ein Genosse mehr als fünf Anteile erwirbt, das war aber der Inhalt der mit dem Genossen von der Genossenschaft getroffenen Abrede; denn nach dem Vortrage der Genossenschaft sollte der beklagte Genosse die Pflicht des Genossen durch Einzahlung der Einlage erfüllen und die Anteilsrechte sollten für ihn, wenn auch auf den Namen von Familienangehörigen erworben werden.

§ 137. RJA. **13** 115, DNotV. **14** 758, R. **14** Nr. 2122 (KG.). Die Eintragung einer Beteiligung auf weitere Geschäftsanteile ist nach Auflösung der Genossenschaft durch Eröffnung des Konkurses unzulässig. Wenn auch die Voraussetzungen für die Eintragungen bereits früher vorgelegen und nur infolge eines Versehens des Registerrichters unterblieben, so darf die Eintragung bei ihrem konstitutiven Charakter nach Konkurseröffnung nicht mehr erfolgen.

§ 140. Sanierung der Genossenschaft. *Crüger, LeipzZ. **14** 985 ff. Darstellung des Verfahrens zur Vermeidung des Konkurses von Genossenschaften bei Überschuldung. Überschuldung führt bei der bestehenden Genossenschaft nicht zum Konkurse; bei der eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht nur nach Maßgabe des § 140. Der Geschäftsanteil und die Einzahlungen auf Geschäftsanteil können mittels Statutenänderung erhöht werden (genossenschaftliche Duldungspflicht). Mithin können die Mitglieder auf dem Wege der Statutenänderung zur Neubildung von Vereinsvermögen gezwungen werden, das zur Deckung der Überschuldung dient (so auch **RG. 72** 236). Das RG. hat diese Neubildung von Vereinsvermögen dadurch erschwert, daß es die Frage, ob bei abgeschriebenem Geschäftsguthaben von neuem die Einzahlungspflicht beginnt, verneint hat (**RG. 68** 93) — vgl. hierüber Crüger, Die Rechtsprechung zum deutschen Genossenschaftsgesetze, GoldschmidtsZ. **72** 1. u. 2. Heft —. Die Auffassung des RG. ist unhaltbar, sie führt z. B. zu zwei Gruppen von Mitgliedern mit verschiedener Vermögensbeteiligung bei der Genossenschaft. Sie macht es unter Umständen Mitgliedern einer Genossenschaft überhaupt unmöglich, ein Geschäftsguthaben zu erwerben. Der von Crüger vertretene Standpunkt deckt sich mit der Begründung des Genossenschaftsgesetzes (II 63), wo es heißt: „Da Einlagen über den Geschäftsanteil hinaus unzulässig sind, so ergibt sich, daß auch die obligatorischen Einzahlungen zessieren müssen, falls etwa schon vor der vollen Deckung derselben das Geschäftsguthaben des Genossen durch Gewinnzuschreibungen den Geschäftsanteil erreicht. In diesem Falle beginnt jedoch die Einzahlungspflicht wieder, wenn durch Verlustabschreibung eine Minderung des Guthabens eingetreten ist." Die Einzahlungspflicht hört für die Mitglieder zwar an sich auf, sobald der Höchstbetrag des Geschäftsanteils erreicht ist. Dieses Aufhören ist jedoch kein absolutes. Die Einzahlungspflicht beginnt wieder, und zwar kraft Gesetzes, wenn durch Verlustabschreibungen eine Minderung der aus den Einzahlungen auf den Geschäftsanteil gebildeten Geschäftsguthaben eingetreten ist, denn durch die Verlustabschreibung haben die Geschäftsanteile keinen Inhalt mehr, und diesen Inhalt wieder zu schaffen, sind die Mitglieder auf Grund von § 7 nach Maßgabe der über die Einzahlungspflicht bestehenden Statutvorschriften von neuem verpflichtet. So auch **RG. 47** 141; Crüger, GenG. (7) 97.

Neunter Abschnitt. Strafbestimmungen.

§ 147. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **14** 186, LeipzZ. **14** 864. § 147 ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 BGB.

2. **RG.** R. **14** Nr. 1777. Es ist rechtlich nicht angängig, einen Dritten, der dem Vorstand oder Aufsichtsrate nicht angehört, für entstellte oder unwahre Darlegungen, die er der Generalversammlung gibt, aus dem Gesichtspunkte der mittelbaren Täterschaft als Täter verantwortlich zu machen; es handelt sich um kein

„Erfolgsdelikt". Dagegen können Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder das Vergehen dadurch begehen, daß sie durch den Dritten die ihnen als unwahr bekannten Angaben machen lassen. Der Dritte kann dann, wenn ihm die Unwahrheit bekannt ist, Gehilfe sein.

§ 148. RG. HoldheimsMSchr. **14** 186, LeipzZ. **14** 864. Zum Tatbestande des § 148 Abs. 2 genügt schon Fahrlässigkeit. Diese kann in der Übernahme des Amtes eines Vorstandsmitglieds ohne Besitz der hierzu erforderlichen Geschäftskenntnisse sowie darin bestehen, daß das Vorstandsmitglied sich nicht mit der erforderlichen Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns um den Geschäftsgang kümmert. So kann ein Genosse gegen den Vorstand der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht Klage auf Ersatz der Beträge erheben, die er auf Grund seiner Haftpflicht zur Konkursmasse hat zahlen müssen, wenn der Vorstand fahrlässig die Konkursanmeldung verzögert hatte und bei rechtzeitigem Konkursantrage die Schädigung des Klägers hätte vermieden werden können.

Patentgesetz.

Literatur: I. Zum geltenden Gesetz: Reitzenbaum-Leander, Die Rechtsprechung in Patentsachen, 2 Bde.

II. Zum Patentgesetz-Entwurf: Adler, GewRschutz **13** 307, behandelt ausführlich den PatG.-Entwurf. — Benjamin, ZIndR. **13** 275, gibt Bemerkungen zu § 38 Abs. 2 des Entwurfes. — Breslauer, GewRschutz **13** 287, erörtert das Vorprüfungsverfahren im PatG.-Entwurfe. — Cantor, Patentklarheit im künftigen Patentgesetze, ZIndR. **13** 62, schlägt vor, daß der Patentschrift eine Zusammenfassung hinzugefügt werden müsse, aus der hervorgehe, welches Erfindungsgedankens Verkörperung das Patentamt zur Erteilung des Patents geführt habe. — Ephraim, Gew. Rschutz **14** 29, streitet in ausführlicher Abhandlung, indem er seine Auffassung positiv begründet und die Einwendungen der Gegner bekämpft, für die Präklusivfrist der Nichtigkeitsklagen. — Föppe, Zum Entwurf eines neuen Patentgesetzes, ZIndR. **14** 197, führt Gründe an, die gegen die Abänderung der für die Patentdauer geltenden Zählweise sprechen. — Frölich, ZIndR. **14** 233 u. 245, erörtert im Hinblick auf den Entwurf die Aufgaben des Patentwesens. — Geisler, Dienen Gegenstände, die beim Menschen die Empfängnis verhüten oder die Schwangerschaft beseitigen sollen, unsittlichen Zwecken? ZIndR. **14** 67, bekämpft in scharfen Ausführungen die neue Bestimmung des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 des Entwurfes. — Hagens, LeipzZ. **13** 721, 801, erörtert den Entwurf eines Patentgesetzes. — Harmsen, Zur Frage des Vorbenutzungsrechts, ZIndR. **14** 117, empfiehlt, im neuen Patentgesetze festzulegen, daß das Vorbenutzungsrecht auf dem rechtmäßigen Besitze der Erfindung beruht. — Hüfner, MschutzuWettbew. **14** 7, behandelt die Maßnahmen zur Verhütung von Härten gegenüber Anmeldern und Inhabern gewerblicher Schutzrechte während der Dauer des Kriegszustandes. — Hermann Isay, Der Entwurf des Patentgesetzes und die Rechtswissenschaft, GewRschutz **14** 57, erörtert die Verwirrung, die der PatG.-Entwurf (§§ 3, 6) in die bestehende Terminologie gebracht hat. — Kändler, Zur Frage eines reinen Erfinderpatentrechts in Deutschland, ZIndR. **13** 285 u. 305, kritisiert die Gedanken, die zu dem Vorschlage führen konnten, an Stelle des geltenden Anmelderrechts im Patentrechte das Recht des Erfinders auf das Patent zu verkünden. Vgl. hierzu Marquard, Erfinderrecht oder Anmelderrecht? ZIndR. **14** 49. — Derselbe, ZIndR. **14** 25, 37, behandelt die Frage des Systemwechsels im Patentrechte. — Kautter, Gew. Rschutz **13** 257, behandelt den „Anspruch auf die Erteilung des Patents" nach den §§ 3 ff. des PatG.-Entwurfes. — Kloeppel, GewRschutz **14** 125, schlägt im Hinblick auf § 49 PatG.-Entwurfes vor, gemäß den Anregungen des Deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums die Frage, ob technische Beisitzer als Richter in Patentprozessen mitwirken sollen, zu regeln. — Kohler, GewRschutz **14** 26, bespricht den PatG.-Entwurf. — Landenberger, Vorläufige Bemerkungen zu dem Entwurf eines Patentgesetzes, ZIndR. **13** 229, wendet sich besonders scharf gegen die Regelung des Gebührenwesens im Entwurfe. — Marquardt, GewRschutz **13** 331, erörtert das Recht des Dienstherrn an den Erfindungen seiner Angestellten nach den Entwürfen des PatG. und GebrMustG. — Mittelstaedt, GewRschutz **13** 233, schlägt zum § 7 PatG.-Entwurfes folgenden Zusatz vor: „Durch das Patent wird niemand gehindert, den freien Stand der Technik (§ 2)

gewerbsmäßig zu benutzen." — Derselbe, Der Patentgesetzentwurf auf dem Augsburger Kongresse des Deutschen Vereins für gewerblichen Rechtsschutz, LeipzZ. **14** 1095, bemerkt: Die Einführung des Erfinderrechts in dem neuen Entwurfe des PatG. bringt kein neues Recht, faßt vielmehr nur im wesentlichen die Rechtssätze, die die Judikatur schon entwickelt hatte, zum System zusammen. . . . Die Kompetenz des Verletzungsrichters hinsichtlich der Nachprüfung der Neuheit eines erteilten Patents läßt sich nur dahin bestimmen, daß entweder der Wille des Patentamts, auch wenn er irrtümlich ist, den Verletzungsrichter unbedingt bindet, oder aber, daß diejenigen Maßnahmen, welche vor dem Patente Gemeingut der Technik waren, freibleiben und vom Verletzungsrichter nicht verboten werden dürfen. Zurzeit sind die Anschauungen noch zu ungeklärt, als daß der Gesetzgeber nach der einen oder anderen Seite hin Stellung nehmen könnte. Gesetzliche Bestimmungen, welche zwischen den beiden Extremen vermitteln könnten, erscheinen nicht tunlich, da sie nur zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit führen würden. Es erscheint daher richtiger, die weitere Entwicklung dieser Fragen der Judikatur zu überlassen. — Neumann, GewRschutz **14** 96, behandelt das Patentgebührenwesen im PatG.-Entwurfe. — Seligsohn, Der Entwurf eines Patentgesetzes, GoldschmidtsZ. **74** 410—455. — Spielmann, ZIndR. **13** 261, behandelt das Beschwerdeverfahren nach dem PatG.-Entwurfe. — Derselbe, ZIndR. **13** 13, erörtert die Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung bei unverschuldeter Patentverletzung. — Wertheimer, Krieg und Patent- usw. Rechte, GewRschutz **14** 299, erörtert den Einfluß des Kriegszustandes auf das Patent-, Muster- und Zeichenrecht.

Erörterungen zur Patentreform geben außerdem noch Stort, VerbDPatAnw. **13** 133, Stern, ebenda 137, Herzfeld, ebenda 139, Stort, ebenda **14** 83.

§ 1. I. Erfindungsbegriff. 1. **RG.** 30. 3. 12, PMZBl. **13** 11. Eine Erfindung ist nicht schon dann als vorhanden anzusehen, wenn die Erzielung gewisser Vorteile nicht auf einem erfinderischen, synthetischen Denken, sondern auf einer rein analytischen, nach den gewöhnlichen Gesetzen der Logik vor sich gehenden Denkoperation beruht.

2. **RG.** 27. 9. 13, PMZBl. **14** 130. Unter Umständen ist die Übertragung eines technischen Mittels auf ein neues Gebiet eine patentfähige Erfindung.

3. PA. 12. 6. 14, PMZBl. **14** 257. „Erfindung" und „gewerbliche Verwertung". Jeder dieser beiden Begriffe bedeutet je einen besonderen, in sich geschlossenen Tatbestand; zum Begriffe der „gewerblichen Verwertung" gehört nicht, was bereits den Tatbestand der „Erfindung" bildet, und umgekehrt. Die „Erfindung" ist ihrem Wesen nach produktiv, muß neue Werte erzeugen, ausführbar und wiederholbar, ferner im Sinne des PatG. eine technische Erfindung sein. „Gewerbliche Verwertbarkeit" ist die Möglichkeit der Verwendung der Erfindung — und zwar durch Herstellung oder Gebrauch — in gewerblichen Betrieben, diese im weitesten Sinne verstanden.

4. **RG.** 18. 11. 12, MschutzuWettbew. **12** 465. Eine konstruktive Vereinfachung ist nicht patentfähig, wenn sie mit einer entsprechenden Verringerung des Effekts erkauft ist.

5. PA. 24. 4. 13, MschutzuWettbew. **12** 491. Bei Massenartikeln kann die Patentfähigkeit schon auf kleinen und verhältnismäßig gering erscheinenden Fortschritten beruhen.

6. **RG.** 4. 3. 14, R. **14** Nr. 1353. Patente werden nicht auf die Lösung wissenschaftlicher Probleme, sondern auf technische Erfindungen erteilt.

7. Hermann Isay, Eigenart und Neuheit der Erfindung, GewRschutz **13** 1, polemisiert gegen Schanzes Aufsatz in GewRschutz **12** 345. Schanze erwidert in GewRschutz **13** 49.

8. Quade, Tier und Pflanze im Patentrechte, GewRschutz **13** 2, hebt hervor, daß man nach der Anschauung des Patentamts bei patentierbaren Neuerungen von den animalischen Fähigkeiten der niederen Tiere Gebrauch machen dürfe, daß also kein triftiger Grund bestehe, bei höheren Tieren davon abzusehen. Gründe wirtschaftspolitischer Natur lägen nicht vor, weder was Nahrungs-, Genuß- und Arzneimittel, noch was Heilverfahren betreffe. Derselbe erörtert GewRschutz **13** 28 die Frage, ob der Mensch Gegenstand biologischer Patente sein könne.

9. Ferchland, GewRschutz 13 73, erörtert die Patentfähigkeit von Legierungen. Desgleichen Guertler, GewRschutz 13 240.

10. *Wobsa, GewRschutz 14 1. Die Praxis sieht als patentfähig nur solche Erfindungen an, welche auf die Produktion gerichtet sind. Das geistige Schaffen auf gewerblichem Gebiet erschöpft sich aber keineswegs im Ersinnen neuer Formen oder neuer Methoden zur Erzeugung von Gütern. Insbesondere hat seit Einführung der abstrakten Wissenschaften in die Technik das geistige Leben gewerbliche Gebiete ergriffen und geschaffen, welche abseits von der Güterproduktion liegen. Das Gesetz schließt zwar die außerhalb der Güterproduktion liegenden Erfindungen vom Patentschutze nicht aus, es ist aber in absehbarer Zeit ein Abgehen der Praxis von ihrer tiefeingewurzelten Anschauung nicht zu erwarten und es muß daher im neuen Gesetze, welches zurzeit im Entwurfe vorliegt, positiv zum Ausdrucke gebracht werden, daß die Patentfähigkeit ihre Grenze nicht dort findet, wo die Technik das Gebiet der Güterproduktion verläßt.

11. Wirth, Erteilung und Auslegung von Patenten im Lichte moderner Rechtsideen, VerbDPatentAnw. 13 Nr. 4, 6, 8, 9. Anwendung der Lückenlehre auf das Patentrecht. Die verschiedenen Typen der Erfindung und Nachahmung werden gegenübergestellt und die Unvermeidbarkeit von Lücken des Patents nachgewiesen. In der Äquivalentlehre sind die technischen und patentrechtlichen Äquivalente zu scheiden und der Begriff der relativen oder teilweisen Äquivalenz durchzuführen.

II. Aufgabe. 1. **RG.** 22. 11. 13, MschutzuWettbew. 13 381. Eine patentschutzwürdige Erfindung kann schon in der Stellung der Aufgabe gefunden werden, auch wenn diese nur mit der Technik bekannten Mitteln gelöst wird.

2. **RG.** 29. 11. 13, MschutzuWettbew. 13 383. Die Stellung einer Aufgabe kann nur dann als patentschutzwürdige Erfindung angesehen werden, wenn ihre Lösung für jeden Sachverständigen ohne weitere erfinderische Tätigkeit möglich ist.

III. Kombinationspatent. 1. **RG.** 9. 11. 12, MschutzuWettbew. 12 245. Voraussetzung für die Erteilung eines Kombinationspatents ist, daß die Verbindung Erfindungscharakter trägt und nicht lediglich eine jedem Fachmann ohne weiteres geläufige Maßnahme darstellt. — Ähnlich **RG.** 4. 12. 12, MschutzuWettbew. 12 332, ZIndR. 13 113.

2. **RG.** 4. 11. 12, MschutzuWettbew. 12 282. Beim Kombinationspatente können die Einzelelemente ein jedes für sich nur insoweit als geschützt angesehen werden, als einerseits das betreffende Element neu und erfinderisch ist, andererseits die Vorgänge bei der Patentanmeldung nicht erkennen lassen, daß das Patentamt den Einzelschutz ausdrücklich abgelehnt oder der Patentanmelder auf den Schutz des Elements ausdrücklich verzichtet hat.

3. Schanze, GruchotsBeitr. 57 386 ff. Es ist zu unterscheiden: 1. dem Tatbestande nach a) einfache Kombinationserfindung: den Teilen kommt keinerlei erfinderische Bedeutung zu; b) Totalitätserfindung: die Teile sind keine vollen Erfindungen, aber eine oder mehrere von ihnen sind Träger von Gedanken, denen erfinderische Bedeutung zukommt; c) Kombinationserfindung mit Teilerfindung: einer oder mehrere Teile sind volle Erfindungen; 2. der Rechtswirkung nach: zu a) nur die Kombination wird patentiert und geschützt; zu b) nur die Kombination wird patentiert, aber außer der patentierten Kombination werden auch die nicht patentierten Teile geschützt, indes nur beschränkt, bloß im Rahmen der Kombinationswirkung; zu c) außer der Kombination können auch die Teilerfindungen patentiert werden; ist es geschehen, so genießen sie unbeschränkten Schutz; sind keine besonderen Patentansprüche für die Teilerfindungen formuliert, so werden sie nur im Rahmen der Kombinationswirkung geschützt. — Dies die Ansicht von Bolze, Gierke,

Wirth und RG. Isay und Seligsohn bestreiten zu b die Möglichkeit von Teilen, die zwar erfinderische Bedeutung haben, aber keine vollen Erfindungen darstellen. Das RG. hat jedoch in ständiger Praxis Teile einer Kombinationserfindung für nicht patentfähig erklärt, weil sie keine Vollerfindungen seien, und doch für sich allein geschützt und hierin bei Bolze, Gierke und Wirth Zustimmung gefunden. — Isay wendet sich gegen die Ansicht, daß im Falle b die nicht patentierten Kombinationsteile von erfinderischer Bedeutung nur in beschränktem Maße, nur im Rahmen der Kombinationswirkung geschützt werden, mit der Bemerkung: „Es gibt keinen Patentschutz, der auf einzelne Zwecke beschränkt ist". Allein dieser Satz ist falsch. Es existiert kein Schutz der patentierten Erfindung, der auf einzelne Zwecke beschränkt wäre — nur dieser Satz ist richtig. Aus ihm läßt sich aber nicht die Unbeschränktheit des Schutzes der nicht patentierten Kombinationsteile folgern. Es ist eine Überspannung des Patentschutzes, wenn einem Erfindungsbruchstücke, das für sich allein keine Brauchbarkeit aufweist, sondern solche erst durch eine erfinderische Zutat gewinnt, der Patentschutz nicht bloß im Rahmen der Kombinationswirkung, sondern darüber hinaus in vollem Umfange zuteil wird. Für den beschränkten Schutz auch Kohler, Robolski, Reuling, Seligsohn, Allfeld, Dunkhase. — Kohler unterscheidet zwischen Totalitätserfindung (b) und Kombinationserfindung mit Teilerfindung (c) der Rechtswirkung nach in Übereinstimmung mit dem unter 2 Gesagten. Seine Unterscheidung der beiden Tatbestände bleibt aber unverständlich.

§ 2. 1. Neuheitsprüfung. PA. 26. 6. 13, PMZBl. **13** 291. Es ist nicht zulässig, in Kenntnis der Anmeldung das angemeldete Verfahren aus mehreren Patentschriften zusammenzustellen und die Zusammenstellung als neuheitsschädlich im Sinne von § 2 PatG. entgegenzuhalten. Denn es ist nicht anzunehmen, daß die Fachwelt von selbst auf diese Zusammenstellung gekommen wäre. In der Bereicherung der Technik durch das neue Gesamtverfahren wird eine patentfähige Erfindung geschehen.

2. Offenkundige Vorbenutzung. **RG.** 3. 1. 14, PMZBl. **14** 156. Das Gericht verneint das Vorliegen einer offenkundigen Vorbenutzung, weil der angebliche Vorbenutzer den Erfindungsgedanken nicht erkannt hatte.

3. **RG.** 1. 4. 14, **84** 362, ZIndR. **14** 202. Auch im Verletzungsprozesse — nicht nur im Erteilungs- oder Nichtigkeitsverfahren — können bei der Auslegung von Patenten druckschriftliche Vorveröffentlichungen berücksichtigt werden.

4. **RG.** 26. 11. 13, ZIndR. **14** 176. Es ist rechtlich unerheblich, ob das in einer öffentlichen Druckschrift Offenbarte auch noch offenkundig im Inlande benutzt worden ist.

5. Wobsa, Bewertung von Veröffentlichungen einer Erfindung durch das Reichsgericht, GewRschutz **13** 31, ist der Ansicht, daß nur solche Vorveröffentlichungen als neuheitsschädlich gelten dürfen, die die Benutzung der Erfindung zur Zeit der Anmeldung als möglich erscheinen lassen.

§ 3. I. Priorität. 1. PA. 2. 1. 11, MschutzuWettbew. **12** 530. Ist ein Patent nur als älteres Recht gemäß § 3 Abs. 1 PatG. in Betracht zu ziehen, nicht die Patentschrift als Vorveröffentlichung nach § 2, so kommt es nicht darauf an, ob ein wesentlicher technischer Fortschritt erreicht ist, sondern es fragt sich nur, ob gegenüber dem Gegenstande des älteren Patents ein technologisch abgrenzbarer Überschuß vorhanden ist, der sich als erhebliche Abweichung von der geschützten Ausführung und nicht nur als ein Äquivalent davon darstellt.

2. Hüfner, GewRschutz **13** 145, behandelt ausführlich die zivilistische Anmeldung als Grundlage der Priorität.

3. *Kautter, GewRschutz **13** 105 ff. Zur Entstehung eines Anspruchs auf das Patent nach § 3 Abs. 1 gehören zum mindesten zwei Merkmale, nämlich 1. An-

meldung überhaupt, 2. Anmeldung als erste (Priorität). Neben diesen beiden Merkmalen ist „Anmeldung nach Maßgabe des Gesetzes", d. h. formell korrekte Anmeldung kein gleichwertiges drittes Merkmal. Denn trotz formeller Mängel der Anmeldung entsteht ja zunächst wenigstens ein Anspruch auf das Patent mit Priorität vom Augenblicke der Einreichung an, da die formellen Mängel unbestrittenermaßen noch nachträglich rechtzeitig beseitigt werden können. Werden sie dagegen vom Vorprüfer (Abs. 2 § 21) oder von der Abteilung (Abs. 2 § 22) gerügt und trotzdem nicht beseitigt, so haben sie die Abweisung zur Folge (§ 22 Abs. 1). Daraus ist zu schließen: trotz formeller Mängel der Anmeldung entsteht zunächst der Anspruch auf das Patent; aber er entsteht nur resolutiv bedingt; Resolutivbedingung ist amtliche Rüge einerseits, Nichtbeseitigung andererseits. Demnach besagt Abs. 1 § 3: „einen unbedingten Anspruch auf die Erteilung des Patents hat nur derjenige, welcher die Erfindung zuerst nach Maßgabe dieses Gesetzes angemeldet hat. Ist die Anmeldung „nicht nach Maßgabe des Gesetzes" erfolgt, so entsteht der Anspruch nur auflösend bedingt. Die Bedingung ist eingetreten, wenn die Mängel nach vorausgegangener amtlicher Rüge nicht rechtzeitig beseitigt worden."

II. Angestelltenerfindung. 1. **RG.** 12. 2. 13, ZIndR. **13** 157, entscheidet einen Fall, in dem vertragsmäßig dem Angestellten das Erfinderrecht an seinen Erfindungen selbst dann zustand, wenn sie in sein besonderes Arbeitsgebiet fielen.

2. **RG.** 15. 2. 13, MschutzuWettbew. **12** 504. Die vertragsmäßige Vereinbarung, daß bestimmte Erfindungen des Angestellten dem Prinzipal anzubieten sind, der sich die nähere Bestimmung hierüber vorbehält, gibt dem Prinzipale nicht das Recht, die unentgeltliche Überlassung der Erfindungen des Angestellten zu fordern, verpflichtet auch den Angestellten nicht zum Angebote der Erfindungen vor Patentanmeldung. — Die Erfindung des Angestellten fällt dem Prinzipal unmittelbar nur dann zu, wenn der Angestellte dazu berufen ist, eine erfinderische Tätigkeit zu Gutachten des Prinzipals zu entwickeln, und die Erfindung auf dem Gebiete liegt, dessen Bearbeitung ihm vertraglich übertragen ist.

3. **RG.** 14. 1. 14, MschutzuWettbew. **13** 554. Auch die Erfindung fällt dem Geschäftsherrn gemäß dem Vertrage zu, die auf der Idee eines Dritten beruht, der sie dem Angestellten zur Verwertung überlassen hat, während dieser die Idee des Dritten nur ausgearbeitet und anmeldungsreif gestaltet hat.

4. Kohler, Über die Etablissementerfindung, MschutzuWettbew. **12** 493, spricht sich gegen die Überspannung des Individualitätsgedankens im Patentrecht aus.

§ 4. I. Auslegung, Schutzumfang, Stand der Technik. 1. PMZBl. **13** 39 (Düsseldorf). Bei Bestimmung der Tragweite des Patentschutzes muß von dem Umfange, in dem das Patentamt ihn erteilt hat, ausgegangen werden. Und dieser Umfang bestimmt sich wiederum nach dem, was der Patentsucher als geschützt in Anspruch genommen hat.

2. LG. Leipzig, PMZBl. **13** 42. Bei der Auslegung des Patents ist zwar eine stärkere Berücksichtigung des Standes der Technik zur Zeit der Patentanmeldung, als sie früher gebräuchlich war, gerechtfertigt, es ist aber doch in erster Linie immer vom Patentanspruch auszugehen, während allerdings der übrige Inhalt der Patentschrift und namentlich der Inhalt der Erteilungsakten von verhältnismäßig untergeordneter Bedeutung ist.

3. **RG.** 10. 7. 12, PMZBl. **13** 123. Das Gericht verwertet die der Patentbeschreibung beigegebene Zeichnung bei Feststellung des Schutzumfanges in einschränkendem Sinne.

4. **RG.** 25. 9. 12, MschutzuWettbew. **12** 549, ZIndR. **13** 77. Auch Verschlechterungen eines patentierten Verfahrens werden vom Patente mitergriffen.

5. **RG.** 2. 12. 12, PMZBl. **13** 38, MschutzuWettbew. **12** 284, ZJndR. **13** 92. Ein Zurückgreifen auf den Stand der Technik erübrigt sich in den Fällen, in denen die Auslegung des Patents zu Zweifeln keinen Anlaß gibt, sondern klar und bestimmt das erkennen läßt, was der Anmelder als seine Erfindung beanspruchte und was ihm als solche unter Schutz gestellt wurde. Es ist insbesondere nicht zulässig, deshalb, weil ein Patent nach dem Stande der Technik vielleicht nicht hätte erteilt werden sollen, ihm unter Berufung hierauf nachträglich seinen eigentlichen Erfindungsgehalt zu entziehen, oder, nachdem die für die Erhebung der Nichtigkeitsklage vorgesehene fünfjährige Frist verstrichen ist, indirekt durch eine der teilweisen oder völligen Vernichtung des Patents gleichkommende beschränkende Auslegung den tatsächlichen Erfolg einer nicht mehr zulässigen Nichtigkeitsklage herbeizuführen.

6. PA. 16. 12. 12, MschutzuWettbew. **12** 261. Hat zwar das Patentamt sich auf die Feststellung der geschützten Erfindung zu beschränken, so haben andererseits die Gerichte die Erfindung so hinzunehmen, wie sie patentiert ist. Sie dürfen daher nicht einen anderen Gegenstand an die Stelle des patentierten setzen, nicht einen geringeren Gegenstand als patentiert ansehen oder den Gegenstand überhaupt nicht als geschützt behandeln, selbst wenn das eine oder andere nach dem Stande der Technik zur Zeit der Anmeldung berechtigt gewesen wäre. Die Erweiterung des Patents könnte nur im Wege einer neuen Anmeldung, die ganze oder Teilvernichtung nur im Nichtigkeitsverfahren herbeigeführt werden. Den Gerichten steht aber die Auslegung des Patents zu. Hierbei kann, soweit der Patentanspruch mit der Beschreibung einen Zweifel übrig läßt, der Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung ein wertvolles Auslegungsmittel sein.

7. **RG.** 8. 1. 13, GewRschutz **13** 63, MschutzuWettbew. **12** 404. Der Schutzumfang bestimmt sich im Zweifel nach dem objektiven Stande der gesamten, d. h. inländischen und ausländischen Technik.

8. **RG.** 8. 1. 13, MschutzuWettbew. **12** 548, ZJndR. **13** 91. Der geschützte Erfindungsgedanke kann über die im Patentanspruche bezeichnete Ausführungsform hinausgreifen, wenn die Erfindung innerhalb eines technisch noch nicht bearbeiteten Gebietes liegt.

9. **RG.** 19. 3. 13, PMZBl. **14** 320. Schutzumfang. Die patenterteilende Behörde hat nur zu prüfen, ob die bei ihr angemeldete Erfindung neu und patentwürdig ist. Dagegen liegt die Prüfung der Frage, ob eine zum Patent angemeldete Erfindung in den Schutzbereich eines schon bestehenden Patents eingreift, ganz außerhalb der Aufgabe des Patentamts und kann nur im Verletzungsprozeß entschieden werden. Also folgt aus der Tatsache der Patenterteilung nicht, daß das erteilte Patent ein schon bestehendes nicht verletzt.

10. GewRschutz **14** 154 (KG.). Eine Erweiterung des Patentbereichs über die durch die Patentschrift offenbarte Problemlösung hinaus kann nicht auf dem Wege herbeigeführt werden, daß eine öffentliche Druckschrift, in der sich eine Vorwegnahme der patentierten Erfindung findet, gänzlich unberücksichtigt bleibt. Vielmehr hat die Veröffentlichung nur insoweit außer Beachtung zu bleiben, als sie sich mit dem durch die Patentschrift gekennzeichneten Inhalt deckt.

11. **RG.** 8. 10. 13, PMZBl. **13** 381, MschutzuWettbew. **12** 146, JW. **14** 97. Die Patentschrift muß aus sich selbst ausgelegt werden. Sie richtet sich an die Öffentlichkeit und muß so gelesen und verstanden werden, wie ein Gewerbetreibender, der im Leben steht und dem sein Gewerbe und der Stand der Technik in seinem Gewerbe bekannt ist, sie auslegen muß. Nur soweit ihr Inhalt Zweifel übrig läßt, kommt für die Beurteilung des Schutzumfanges der Stand der Technik zur Zeit der Patenterteilung in Frage.

12. **RG.** 26. 11. 13, MschutzuWettbew. **13** 584. Ein Patent darf nur nach dem Stande der Technik zur Zeit der Anmeldung ausgelegt werden.

Die Patentverletzung ist nur nach objektiven Merkmalen, nicht danach zu beurteilen, ob ein anderer auch die mit dem Patent erzielten Vorteile wollte und erzielt hat.

13. **RG.** 6. 12. 13, PMZBl. **14** 133, ZIndR. **14** 165. Das Gericht behandelt einen Fall von erweiternder Auslegung des Patents auf Grund des Standes der Technik bei zu eng gefaßtem Patentanspruche.

14. **RG.** 23. 5. 14, JW. **14** 933. Der Patentschutz umfaßt regelmäßig auch die Ausnutzung der Erfindung für andere als die vom Erfinder selbst erkannten Zwecke.

15. **RG.** 23. 5. 14, PMZBl. **14** 298, ZIndR. **14** 254. Nur sofern der Inhalt der Patentschrift zu Zweifeln Anlaß bietet, ist zur Ermittlung des Wesens der Erfindung und des Schutzbereichs des Patents auf die sich darbietenden Auslegungsmittel, wie den Stand der Technik zur Zeit der Patentanmeldung und den Inhalt der Erteilungsakten, zurückzugreifen. Läßt dagegen die Patentschrift klar und bestimmt erkennen, was der Anmelder des Patents als seine Erfindung beanspruchte und auch das Patentamt unter Schutz stellen wollte, so ist dies für die Gerichte im Patentverletzungsprozesse maßgebend.

16. **RG.** 8. 7. 14, JW. **14** 933. Zwar ist die Auslegung eines Patents im Nichtigkeitsstreite nicht unbedingt maßgebend für die Auslegung im Verletzungsstreite. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß, wenn aus einer Nichtigkeitsentscheidung letzter Instanz deutlich erhellt, daß nur deshalb von einer Einschränkung des Patentanspruchs abgesehen worden ist, weil die einschränkende Auslegung schon an sich als die richtige erscheint, dann der Patentinhaber im Verletzungsprozesse nicht auf die weitere Auslegung zurückgreifen kann.

17. Freund, Die Feststellung des Standes der Technik im Zivilprozeß unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime, GewRschutz **14** 93, beleuchtet die Übelstände, die sich aus unserem Prozeßverfahren für die Aufgabe des Gerichts, den Stand der Technik festzustellen, ergeben.

18. Hartmann, Zur Frage der Auslegung von Patenten, GewRschutz **13** 237, wendet sich gegen die Bestrebungen, die darauf hinzielen, die Kompetenz zur Auslegung von Patenten dem Patentamte zu übertragen.

19. Patentauslegung. *Wirth, SächsRpflA. **14** 313 ff. Die Unklarheit industrieller Kreise bei ihren Angriffen auf die Rechtsprechung des RG. hat sich auch bei dem Kongresse für gewerblichen Rechtsschutz in Augsburg gezeigt. Der Vorschlag des RG. in seinem Gutachten zu dem Patentgesetzentwurfe, künftig Patentansprüche auf alle Einzelheiten und alle abstrakten Ideen einer Erfindung zuzulassen, bedarf einer Ergänzung. Die Gefahr irriger Patenterteilungen wächst mit dieser Erweiterung der patentamtlichen Zuständigkeit derart, daß eine unbefristete Remedur hiergegen, sei es durch Nichtigkeitsklage, sei es im Patentverletzungsprozeß, unentbehrlich ist.

20. Tolksdorf, ZIndR. **13** 13, gibt im Anschluß an die neuere Rechtsprechung Ausführungen zur Frage der Patentauslegung. Ebenso Meinhard, ZIndR. **13** 37.

21. Schanze, ZIndR. **13** 257, erörtert ausführlich den Begriff „Gegenstand der Erfindung“.

22. Häberlein, Bedeutung und Wesen des Patentanspruchs. Im schroffen Gegensatze zu den modernen Bestrebungen, das Patentamt in bezug auf den Schutzbereich eines von ihm erteilten Patents zur Rolle eines unverbindlichen Gutachters herabzudrücken, kommt Verf. vom Sinne und Zwecke der deutschen Patentgesetzgebung aus und im wohlverstandenen Interesse der heimischen Industrie als eines Hauptfaktors nationaler Wohlfahrt zu dem Ergebnisse, daß der von Wirth und Isay übertriebene Gegensatz zwischen PA. und RG. ziemlich dahinschwindet,

sobald man nicht einzelne Stellen der reichsgerichtlichen Urteilsgründe losgelöst vom konkreten Tatbestande behandelt. Soweit zwischen den vom Patentamt im Sinne Hartigs befolgten Grundsätzen der Patenterteilung und den reichsgerichtlichen Grundsätzen der Patentauslegung ein Gegensatz besteht, ist ein befriedigender Ausgleich möglich, sofern das RG. Kohlers Lehre vom Teilschutz wie dessen übertriebenen Folgerungen aus der genealogischen Reihe ebenso gegenübertritt, wie es dies bezüglich Kohlers Lehre von der patentrechtlichen Äquivalenz bereits getan hat.

II. Teilschutz. 1. **RG.** 22. 11. 13, MschutzuWettbew. **13** 382, ZIndR. **14** 134. Eine Patentverletzung liegt nicht vor, wenn nur Teile eines geschützten Gegenstandes geliefert werden und diese für sich nicht geschützten Teile auch für andere Zwecke verwendbar sind.

2. Häberlein, ZIndR. **14** 89, erörtert die Frage des Teilschutzes.

3. Starck, VerbDPatAnw. **13** 14, „Ist die Herstellung von Teilen einer geschützten Kombination im Inlande selbst dann statthaft, wenn sie in der Absicht geschieht, die Teile im Auslande zu der patentierten Konstruktion zusammenzusetzen?" gelangt zur Verneinung dieser Frage.

III. Abhängigkeit. 1. **RG.** 20. 9. 13, PMZBl. **13** 326, MschutzuWettbew. **13** 144, ZIndR. **13** 279. Bei chemischen Erfindungen ist Abhängigkeit dann gegeben, wenn das spätere Verfahren auf dem Lösungsgedanken des älteren beruht und diesen Gedanken weiter entwickelt.

2. **RG.** 23. 6. 13, MschutzuWettbew. **13** 314, entscheidet den Fall einer Patentverletzung, begangen durch Ausübung eines von einem früheren Patent abhängigen Patents ohne Erlaubnis des Inhabers jenes Patents.

3. **RG.** 15. 11. 13, GewRschutz **14** 148. Ein Zusatzpatent kann auch unabhängig von dem zugehörigen Hauptpatente verletzt werden, und zwar reicht der Schutz ebenso wie beim Hauptpatente soweit wie die Erfindung. Der Tenor des Verletzungsverbots hat sich unter Vermeidung von Verallgemeinerungen eng an die patentverletzende Konstruktion anzuschließen.

IV. Patentverletzung. 1. **RG.** 19. 3. 13, ZIndR. **13** 170. Für die Annahme einer Patentverletzung macht es keinen Unterschied, ob wichtige Bestandteile des geschützten chemischen Produkts dem als Patentverletzung in Anspruch genommenen Erzeugnis absichtlich und rein oder unabsichtlich und gebunden zugesetzt werden.

2. **RG.** 21. 4. 13, ZIndR. **13** 188. Zur Patentverletzung bedarf es nicht der Nachahmung sämtlicher Merkmale der Erfindung, sondern es genügt schon die unbefugte Benutzung des einen selbständig geschützten Merkmals.

3. **RG.** 7. 5. 13, VerbDPatAnw. **13** 175. Das Vorliegen einer Patentverletzung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die patentierte Anordnung sich bei der Fabrikation von selbst ergibt.

4. GewRschutz **14** 149 (KG.). Wird während eines Verletzungsprozesses das Patent des Klägers für nichtig erklärt, so ist der Unterlassungsantrag abzuweisen. Ebenso sind die Anträge, die aus der angeblichen Verletzung abgeleitet sind, nicht etwa für erledigt zu erklären, sondern abzuweisen.

5. *Österrieth, Widerspruch zwischen der auf Grund eines Unterlassungsurteils ergehenden Straffestsetzung und der Entscheidung über die Patentverletzung in dem Streite über die Schadensersatzklage, SächsRpflA. **13** 113 ff. Es gibt Fälle, in denen die Verbotsnorm des Unterlassungsurteils mit dem Wortlaute des Patentanspruchs übereinstimmen kann. — Die im Inlande hergestellte Konstruktion fällt unter das Patent, wenn sie zwar zu einem erlaubten Zwecke verwendet werden kann, ihre Anordnung aber darauf hinweist, daß sie zur Aufnahme des für das Patent wesentlichen Teils bestimmt ist.

V. Unmittelbares Erzeugnis. **RG.** 20. 12. 13, PMZBl. **14** 136, MschutzuWettbew. **13** 555. Ein Erzeugnis kann „unmittelbar" im Sinne des § 4 Abs. 2 PatG. sein, auch wenn das Verfahren, dessen Ergebnis es ist, in ihm nicht mehr wahrnehmbar ist.

§ 5. I. Abs. 1. 1. **RG.** 24. 6. 12, **80** 15, GewRschutz **13** 16. Auch der Ausländer, der bisher im Auslande produziert und seine Produkte in Deutschland nur in Verkehr gebracht hatte, kann sich gegenüber einem für das gleiche Verfahren erteilten deutschen Patent auf sein Vorbenutzungsrecht berufen.

2. KG. 14. 6. 13, GewRschutz **14** 149. Der gegen ein Patent auf Vorbenutzung gegründete Anspruch wird dadurch, daß während des Prozesses das Patent für nichtig erklärt wird, erledigt.

3. **RG.** 24. 6. 12, **80** 15, GewRschutz **13** 16. „Inbenutzungnehmen". Der Begriff beschränkt sich nicht auf das gewerbsmäßige Herstellen und Gebrauchen, sondern umfaßt auch das gewerbsmäßige Inverkehrbringen und Feilhalten.

4. Pietrkowski, GewRschutz **13** 171, führt aus, daß schon die Abgabe eines Lieferungsangebots, aus dem der Erfindungsbesitz zweifelsfrei hervorgehe, ein Vorbenutzungsrecht aus § 5 PatG. begründen müsse. — Hierzu Silberschmidt, GewRschutz **13** 337.

II. Abs. 2. **RG.** 22. 6. 12, PMZBl. **13** 119, MschutzuWettbew. **12** 177. Der Rechtsweg gegen den Reichsfiskus für die Ansprüche auf Rechnungslegung und Schadensersatz bei Eingriffen in Patentrechte ist zulässig.

§ 6. I. Lizenzvertrag. 1. **RG.** 4. 12. 12, MschutzuWettbew. **12** 333. In der Lizenznahme liegt kein Verzicht auf das Recht, das Patent anzufechten.

2. **RG.** 12. 4. 13, MschutzuWettbew. **12** 551. Bei einem Lizenzvertrag über ein noch nicht patentiertes Verfahren haftet der Lizenzgeber auf das Erfüllungsinteresse, soweit sich demnächst die Zusicherung der Patentierung als unerfüllbar herausstellt. Die Verjährungsfrist ist die regelmäßige; § 477 BGB. ist nicht anwendbar.

3. **RG.** 22. 1. 13, PMZBl. **13** 276. Ein Lizenzvertrag verstößt nicht schon dann gegen die guten Sitten, wenn die Gewinn- und Verlustaussichten auf Kosten des wirtschaftlich schwachen Lizenznehmers höchst ungleich zugunsten des in günstiger Vermögenslage befindlichen Patentinhabers verteilt sind.

4. **RG.** 11. 4. 13, MschutzuWettbew. **12** 554. Es liegt im Wesen der Lizenzverträge begründet, daß der Lizenzgeber zwar für die technische Ausführbarkeit, aber nicht für die gewerbliche Verwertbarkeit der Erfindung einsteht; die Gefahr, daß die Erfindung wirtschaftlich schließlich doch nicht das leistet, was von ihr erwartet wird, nimmt der Lizenznehmer auf sich.

5. **RG.** 17. 5. 13, ZIndR. **13** 208. Wenn über die Höhe der Lizenzgebühr nichts vereinbart ist, kann der Betrag nur ein angemessener sein.

6. **RG.** 17. 9. 13, **83** 93, PMZBl. **13** 324, GewRschutz **13** 303, JW. **13** 1152, ZIndR. **13** 281. Der gewöhnliche Lizenznehmer — im Gegensatze zu dem Träger einer ausschließlichen Lizenz — hat nicht ein selbständiges Klagerecht gegen Patentverletzer.

7. **RG.** 1. 10. 13, MschutzuWettbew. **13** 143, ZIndR. **14** 54. Das Recht, ein Patent oder ein Gebrauchsmuster für eine bestimmte Art und für einen beschränkten Raum zu benutzen, kann als einfache oder ausschließliche Lizenz einer Gesellschaft mbH. eingeräumt werden und als Sacheinlage dienen.

8. MschutzuWettbew. **13** 390 (Hamburg). Es liegt keine Unbilligkeit darin, daß der Lizenznehmer zwar die Lizenzgebühr nicht zurückfordern darf, dennoch aber schadensersatzpflichtig sein soll, wenn er zur Verteidigung des ihm

überlassenen Rechtes einstweilige Verfügungen ausgebracht hat, die sich nachher als unbegründet erweisen. Der Käufer weiß, ebenso wie der Patentinhaber, daß das Patent für nichtig erklärt werden kann, und auch er muß deshalb, ehe er mit einstweiligen Verfügungen die Ausnutzung der Erfindung durch Dritte verhindert, bedenken, daß er vielleicht fremde Rechte verletzt und schadensersatzpflichtig werden kann.

9. KG. 28. 6. 13, **RG.** 22. 12. 13, GewRschutz **14** Nr. 152, MschutzuWettbew. **13** 487. Der Putativlizenzinhaber haftet dem Patentinhaber aus dem Gesichtspunkte der Vertragshaftung auf die angemessene Lizenz.

10. **RG.** 28. 1. 14, MschutzuWettbew. **14** 9. Wenn die im Lizenzvertrag als Bedingung vorausgesetzte demnächstige Patentierung einer zum Patent angemeldeten Maschine nicht erfolgt, sondern nur ein Gebrauchsmuster erlangt wird und der Lizenznehmer ohne weitere Vereinbarung nach dem Gebrauchsmuster fabriziert, so muß sich der Patentinhaber eine angemessene Herabsetzung der Lizenzgebühr gefallen lassen.

11. **RG.** 11. 2. 14, MschutzuWettbew. **14** 8. Durch vertragswidrige Nichtzahlung der Jahresgebühr macht sich der Lizenznehmer dem Patentinhaber schadensersatzpflichtig. Voraussetzung für den Schaden ist die praktische Verwertbarkeit des Patents. Die Beweislast hierfür trägt der Patentinhaber.

12. Worms, Lizenz bei chemischen Erfindungen, GewRschutz **14** 218, behandelt die besonderen Fragen, die zu beachten sind, wenn auf chemische Erfindungen Lizenz gegeben wird.

13. Wodtke, Grundsätzliches zur Lizenzlehre, GewRschutz **14** 229, spricht sich dagegen aus, daß man die „anzuwendenden Rechtsregeln aus der Natur des Rechtsverhältnisses selbst entrückte". Dies setze — den nicht gegebenen Fall — voraus, daß die „Natur des Rechtsverhältnisses" bei allen Lizenzverträgen dieselbe sei.

14. Marquardt, MschutzuWettbew. **13** 311, erörtert die rechtliche Natur des Lizenzvertrags. Ebenso Starck, VerbDPatAnw. **14** 163.

II. Andere Übertragungsverträge. 1. **RG.** 16. 10. 12, MschutzuWettbew. **12** 244. Das Gericht erörtert einen Kaufvertrag über ein Patent, bei dem sich der Käufer verpflichtet hat, weder direkt noch indirekt für dieselbe Erfindung weitere Patente zu nehmen.

2. **RG.** 1. 4. 14, ZIndR. **14** 264. Ein nach ausländischem Rechte geschlossener Vertrag über die Übertragung von Patenten und über Schadensersatzansprüche ist der Prüfung des Revisionsgerichts entzogen.

§ 7. PA. 2. 2. 14, PMZBl. **14** 36. Auch nach der Bekanntmachung der Anmeldung (§ 23 PatG.) ist die Umwandlung einer Zusatzpatentanmeldung in eine Hauptanmeldung gestattet, wenn nicht dadurch eine unzulässige Abänderung, besonders eine Erweiterung des Erfindungsgegenstandes, herbeigeführt wird.

§ 8. PA. 12. 4. 13, PMZBl. **13** 189. Ist ein Patent dem Antrage des Anmelders entsprechend erteilt und die vom Anmelder gegen den Erteilungsbeschluß erhobene Beschwerde als unzulässig verworfen, so kann, soweit es sich um die Fälligkeit der zweiten Jahresgebühr handelt, ein endgültiger Erteilungsbeschluß erst mit der Zustellung des die Beschwerde verwerfenden Beschlusses als vorliegend erachtet werden.

2. PA., VerbDPatAnw. **14** 179. Ist der letzte Tag der ersten sechswöchigen Frist zur Zahlung der Jahresgebühren ein gesetzlicher Feiertag, so beginnt die zweite sechswöchige Frist mit dem übernächsten Tage.

3. Rathenau, Rechtsnachfolge im Falle der Stundung von Patentgebühren, ZIndR. **14** 1, verneint die Frage, ob von dem nichtbedürftigen Patentinhaber unter Setzung einer angemessenen Frist Zahlung der seinem bedürf-

tigen Rechtsvorgänger gestundeten Gebühr verlangt und nach fruchtlosem Ablaufe der Frist das Patent gelöscht werden könne. — Hierzu Hüfner, ZIndR. **14** 105.

4. *Hübner, ZIndR. **14** 105 ff. Die Stundung der Patentgebühren ist höchstpersönlicher Natur und wirkt lediglich zugunsten desjenigen, dem sie bewilligt worden ist, nicht zugunsten dritter Personen. Der Rechtsnachfolger kann deshalb sich nicht auf die seinem Rechtsvorgänger gewährte Stundung berufen, sofern er nicht gleichfalls rechtzeitig den Stundungsantrag gestellt und die Stundung für sich erwirkt hat. AM. Rathenau, ZIndR. **14** 1 ff. Vgl. oben Ziff. 3.

§ 9. PA. 31. 5. 12, ZIndR. **13** 19. Bei Zahlung von Jahresgebühren durch Postscheck ist für die Rechtzeitigkeit entscheidend der Tag, an dem der Postscheck bei dem Postscheckamt eingeht.

§ 10. 1. **RG.** 5. 10. 12, PMZBl. **13** 14, MschutzuWettbew. **12** 178. Das Nichtigkeitsverfahren ist nicht dazu da, an Stelle der patentierten Erfindung eine andere zu setzen. Namentlich ist es unzulässig, ein Vernichtungspatent unter der Form der Teilvernichtung in ein Patent auf ein Verfahren umzuwandeln, da der Schutz des Verfahrenspatents nach § 4 Satz 2 PatG. sich auch auf die durch das Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse erstrecken würde.

2. **RG.** 2. 11. 12, VerbDPatAnw. **13** 30. Das Vorschweben einer theoretischen Möglichkeit ohne unmittelbare Anwendung auf das vorliegende Problem reicht zur Nichtigkeitserklärung eines Patents auf das gelöste Problem nicht aus.

3. **RG.** 11. 1. 13, PMZBl. **13** 203 behandelt einen Fall, in dem die Rechtskraft einer im Nichtigkeitsverfahren ergangenen Entscheidung, durch die ein Antrag auf Änderung der Fassung von Patentansprüchen abgelehnt worden ist, einer späteren Nichtigkeitsklage desselben Klägers auf Vernichtung dieser Patentansprüche entgegensteht.

4. **RG.** 12. 7. 13, MschutzuWettbew. **13** 62. Mangelhafte Beschreibung der Erfindung ist kein Nichtigkeitsgrund, wenn der Mangel durch sachverständige Versuche abstellbar ist.

5. **RG.** 7. 3. 14, PMZBl. **14** 223, MschutzuWettbew. **14** 8. Eine besondere, von § 10 Nr. 1 PatG. unabhängige und daher der Präklusivfrist des § 28 Abs. 3 PatG. nicht unterworfene Nichtigkeitsklage wegen Patenterschleichung gibt es nicht,

6. **RG.** 9. 6. 13, PMZBl. **13** 298. Beim Verfahren nach §§ 728, 328 ZPO. (Verbürgung der Gegenseitigkeit) ist nicht nachzuprüfen, ob die vom ausländischen Richter als Entscheidungsgrund festgestellte Ungültigkeit eines Patents mit Recht angenommen worden ist.

§ 11. Öffentliches Interesse. 1. **RG.** 27. 6. 13, **83** 9, PMZBl. **13** 300, MschutzuWettbew. **13** 63, ZIndR. **14** 75. Es widerstreitet noch nicht dem öffentlichen Interesse, wenn der Patentinhaber eine tatsächliche Monopolstellung einnimmt; das öffentliche Interesse wird erst dann berührt, wenn besondere Umstände hinzutreten, die in Rücksicht auf das allgemeine Wohl Mißbilligung verdienen.

2. **RG.** 8. 11. 13, **83** 274, PMZBl. **14** 186, ZIndR. **14** 132, VerbDPatAnw. **14** 7. Je bedeutender eine Erfindung ist, um so größeres Interesse hat die Allgemeinheit daran, daß die Erfindung technisch durchgebildet, vervollkommnet und daß dadurch ihr Anwendungsgebiet erweitert wird. — Zwangslizenz ist zu gewähren, wenn sich der Lizenzsucher in ernster Arbeit mit dem Ausbau der Erfindung befaßt hat.

§ 12. 1. **RG.** 24. 1. 14, PMZBl. **14** 138. Die Prozeßführung nicht legitimierter Vertreter wird auch im Patentstreitverfahren durch Genehmigung legitimierter gesetzlicher Vertreter geheilt.

2. Landenberger, ZIndR. **13** 25, erörtert den Begriff der öffentlichen Druckschrift im Sinne des § 12 PatG.

§ 16. Beschwerde. 1. PA. 8. 3. 13, PMZBl. **13** 188. Da die Weigerung des Anmelders, vom Patentamte für notwendig erachtete Änderungen zu treffen, das Präjudiz der Patentversagung nach sich zieht, so kann die Notwendigkeit der Änderungen nur im Wege der Beschwerde nach § 26 PatG. gegen die Sachentscheidung erster Instanz der Prüfung durch die Beschwerdeabteilung zugeführt werden, aber nicht im Wege der unbefristeten Beschwerde nach § 16 PatG., auch nicht im Verwaltungswege.

2. PA. 16. 5. 13, PMZBl. **13** 202. Ein Beschluß der Nichtigkeitsabteilung, durch den eine bestimmte Art der Beweiserhebung — unter Einforderung eines Kostenvorschusses von einer Partei — angeordnet wird, ist nicht mit der Beschwerde aus § 16 PatG. anfechtbar, sondern kann nur mit der Endentscheidung in der Sache selbst, also im Wege der Berufung angegriffen werden.

§ 18. **RG.** 11. 2. 14, MschutzuWettbew. **14** 8. Gutachtliche Äußerungen, die eine Privatperson zu den Akten überreicht, sind, auch wenn sie von einem ein für allemal beeidigten gerichtlichen Sachverständigen abgegeben werden, nicht Gutachten im Sinne des § 18 PatG., vielmehr müssen die voneinander abweichenden Gutachten auf Ersuchen des Gerichts erstattet sein.

§ 19. Akteneinblick. 1. PA. 7. 12. 12, PMZBl. **13** 10. Der Einblick in die Erteilungsakten eines für nichtig erklärten Patents steht mindestens dem frei, der ein berechtigtes Interesse daran dartut; ist die Erfindung einmal der Allgemeinheit offenbart worden, kann ein Recht des früheren Inhabers des Patents auf nunmehrige grundsätzliche Geheimhaltung der Erteilungsakten nicht anerkannt werden.

2. PA. 24. 1. 13, PMZBl. **13** 118. Ist in einem Bekanntmachungsbeschluß auf die Gründe eines in einer anderen Anmeldesache ergangenen Bekanntmachungsbeschlusses Bezug genommen, so kann die Einsicht dieser Gründe dem nicht verwehrt werden, der ein Recht auf den Einblick in die Akten hat, die jenen Bekanntmachungsbeschluß enthalten, und zwar selbst, wenn die andere Anmeldesache nicht zur Patenterteilung geführt hat.

3. PA. 2. 7. 13, PMZBl. **13** 274. Personen, die nicht als Einsprechende am Verfahren beteiligt sind und auch nicht mehr Einspruch erheben können, weil die Einspruchsfrist abgelaufen ist, vom Inhalte der Akten einer schwebenden Anmeldung Kenntnis zu geben, rechtfertigt sich nur dann, wenn ein besonderes berechtigtes Interesse dafür dargelegt wird.

4. PA. 7. 11. 13, PMZBl. **13** 380. Dem Antrag auf Einblick in die Akten eines erteilten Patents kann bei Widerspruch des Patentinhabers nur entsprochen werden, wenn der Antragsteller ein berechtigtes Interesse nachweist.

5. PA. 23. 12. 13, ZIndR. **14** 101. Dem Patentanwalte kann der Einblick in Erteilungsakten ohne Nennung des Interessenten gestattet werden.

6. PA. 25. 7. 14, PMZBl. **14** 297. Der Einblick in die Aktenstücke, die sich auf die Einzahlung der Jahresgebühren beziehen, ist nicht von dem Nachweise eines rechtlichen Interesses abhängig. Die Einzahlungsscheine gelten als Ergänzung der Patentrolle im Sinne des § 19 Abs. 3 PatG.

7. Ephraim, Die Akteneinsicht, GewRschutz **13** 204, und Hüfner, Die Mitteilung patentamtlicher Akten, Akteneinsicht und Aktenabschrift, GewRschutz **13** 210, geben ausführliche Erörterungen des Stoffes. Hierzu Benjamin, GewRschutz **13** 301, ferner Wohlgemuth, GewRschutz **14** 59, Ephraim, GewRschutz **14** 129, Hüfner, GewRschutz **14** 247.

8. Benjamin, Die Einsichtnahme in Nichtigkeitsakten, ZIndR. **13** 49, gibt Beispiele dafür, daß das Patentamt nach wie vor Dritten den Einblick in Nichtigkeitsakten versagt und plädiert für eine Änderung der gesetzlichen Bestimmung.

§ 20. 1. MschutzuWettbew. **14** 27, ZIndR. **14** 204 (Cassel). Eine Klage auf Berichtigung der Patentschrift und der Patenterteilungsakten ist unzulässig.

2. PA. 28. 1. 13, PMZBl. **13** 35. Fassung des Patentanspruchs. Im allgemeinen ist es in der Praxis des Patentamts üblich, im Patentanspruche die Erfindung nach den Regeln einer Definition in einem einzigen Satze festzustellen. Dieses Verfahren hat sich bewährt und wird auch in den meisten Fällen ohne Beeinträchtigung des Verständnisses der Erfindung ausführbar sein. Indessen darf die Regel nicht zu einem Schema werden. Der Patentanspruch soll die Erfindung kurz, zugleich aber klar und vollständig wiedergeben. Hierzu müssen unter Umständen mehrere Sätze gebildet werden.

3. PA. 17. 2. 13 VerbDPatAnw. **13** 49. Nebenintervention ist im Erteilungsverfahren unzulässig.

4. PA. 24. 9. 13 PMZBl. **13** 292, GewRschutz **13** 281. Eine Erfindung ist einheitlich im Sinne des § 20 Satz 2 PatG. wenn das ihr zugrunde liegende Problem einheitlich ist und alle ihre Teile zur Problemlösung nötig sind oder auch nur geeignet, sie zu fördern. Ist das Problem als solches neu, so können mehrere selbständige Lösungen in einer Anmeldung behandelt werden. Ist das Problem als solches bekannt und gelöst, so müssen die in einer Anmeldung zu behandelnden Lösungen unter sich auf demselben Lösungsprinzipe beruhen. In allen Fällen hat jede Lösung oder Ausführungsform jener für die Erfindungsteile gestellten Forderung zu genügen.

5. PA. 10. 10. 14 VerbDPatAnw. **14** 166. Teilurteile sind im Erteilungsverfahren unzulässig.

6. Hüfner, Kann der Patentsucher freiwillig, d. h. ohne Aufforderung des Patentamts, die angemeldete Erfindung vor der Bekanntmachung der Anmeldung mit der Maßgabe teilen, daß der abgetrennten der ursprüngliche Anmeldungstag verbleibt?, GewRschutz **13** 50, verneint diese Frage.

7. Lutter, GewRschutz **13** 53 behandelt die Abzweigung von Bestandteilen einer Patentanmeldung. Wird wegen Mangels der Einheit des angemeldeten Erfindungsstoffs ein Teil behufs Weiterverfolgung in einem Sonderverfahren abgezweigt, so handelt es sich nur um eine äußerliche Zerlegung des Stammverfahrens, welche an der prozessualen Lage der Teile nichts ändert. Die Grundlage der Teilverfahren bleibt stets der ursprüngliche Patenterteilungsantrag. Die zur Durchführung des abgezweigten Verfahrens nötigen prozessualen Erklärungen stellen sich daher nicht als eine neue Anmeldung, sondern als Nachgang zu der bereits bestehenden Anmeldung dar.

8. Wirth, Die willkürliche Abzweigung von Patentanmeldungen, GewRschutz **13** 101, wendet sich gegen die Aufsätze von Hüfner und Lutter, die nach seiner Ansicht die materiellen Rechtsinteressen des Anmelders zu wenig berücksichtigen. Ebenso in „Methodischer und willkürlicher Patentteilung", GewRschutz **13** 201.

9. Osterrieth, Materielles Recht und formales Recht im Patentrechte, Gew. Rschutz **13** 189, erörtert ausführlich die einschlägigen Punkte und kommt zu dem Schlusse, daß es überhaupt unmöglich sei, das Wesen einer Erfindung immer in dem Patentanspruche zu erschließen, wenn dieser nicht zu einer vollständigen Beschreibung ausarten solle.

10. Rusch, GewRschutz **14** 165, 205, 253, erörtert die Rechtskraft im Patenterteilungsverfahren unter vergleichender Darstellung der Rechtskraft im Zivilprozeß, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Verwaltungsstreitverfahren.

11. Stort, VerbDPatAnw. **13** 69, erörtert die Frage der Teilung der Patentanmeldungen.

§ 23. PA. 18. 10. 13, PMZBl. **13** 324. Die Anmeldeabteilung darf den Bekanntmachungsbeschluß wieder aufheben, wenn sie vor seiner Ausführung eine Vorveröffentlichung des Gegenstandes der Anmeldung ermittelt.

§ 24. 1. PA. 20. 11. 13, ZIndR. **14** 73. Unter „Gründen" für die Einspruchsschrift sind bestimmte, der Patentierung entgegenstehende Tatsachen zu verstehen, die auf ihre Richtigkeit geprüft werden können.

2. Kautter, Kennt das Patentgesetz bloß materielle Einspruchsgründe?, GewRschutz **13** 105, führt aus, daß der Einspruch gemäß § 24 Abs. 2 vgl. mit § 3 Abs. 1 PatG. gestützt werden könne auf die Behauptung, es fehle eine zivilistische Anmeldung, ferner, daß es zum mindesten nicht ausgeschlossen sei, den Einspruch auch auf das Fehlen einer prozessualen Anmeldung zu stützen. „Da nach § 3 Abs. 1 ein Anspruch auf das Patent nicht bloß dann nicht entsteht, wenn der Anmelder nicht zuerst angemeldet hat, sondern — vor allem — auch dann nicht, wenn eine Anmeldung überhaupt nicht vorliegt (s. bei § 3 PatG.), so folgt aus dem klaren Wortlaute des § 24 Abs. 2, daß der Einspruch gegründet werden kann auf die Behauptung, es liege eine Anmeldung überhaupt nicht vor. Eine Anmeldung fehlt aber nicht bloß dann, wenn sie tatsächlich nicht vorhanden ist, sondern in allen Fällen, in welchen sie rechtlich nicht vorhanden ist, sei es, daß sie nichtig, unwirksam, unwirksam geworden, insbes. zurückgenommen ist. Es kann deshalb der Einspruch gegründet werden auf die Behauptung, es fehle an einer zivilistischen Anmeldung im Sinne der bekannten Kohlerschen Konstruktion. Im einzelnen ergibt das folgende Einspruchsbegründungen: 1. Anmelder sei nicht rechtsfähig; 2. Anmelder sei nicht geschäftsfähig; 3. die Anmeldung sei zurückgenommen; 4. die Anmeldung gelte als zurückgenommen gemäß § 21 Abs. 4; 5. es liege überhaupt keine Anmeldung vor; 6. es liege teilweise keine Anmeldung vor, insofern die Bekanntmachung (§ 23) nicht mit der Anmeldung übereinstimme; 7. der anmeldende Vertreter sei ohne Vollmacht (§ 164 BGB.). Zweifelhaft ist, ob der Einspruch auch gegründet werden kann auf die Behauptung, die Anmeldung sei „nicht nach Maßgabe des Gesetzes erfolgt", mit anderen Worten, es fehle an einer prozessualen Anmeldung im Sinne Kohlers. Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 steht an sich nicht entgegen, die ratio legis, die in dem Einspruchsverfahren die Form geschaffen hat, in welcher das Publikum seine Bedenken gegen die Patenterteilung in dem konkreten Verfahren vorbringen soll, scheint eher für die Zulässigkeit zu sprechen.

§ 28. 1. **RG.** 4. 12. 12, PMZBl. **13** 158. In der Lizenznahme ist ein Verzicht auf das Recht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage nicht zu erblicken.

2. **RG.** 7. 3. 14, PMZBl. **14** 223, VerbDPatAnw. **14** 114. Eine besondere, vom § 10 Nr. 1 PatG. unabhängige und daher der Präklusivfrist des § 28 Abs. 3 PatG. nicht unterworfene Nichtigkeitsklage wegen Patenterschleichung gibt es nicht.

3. **RG.** 28. 3. 14, PMZBl. **14** 348. Im Nichtigkeitsstreite kann das auf einem außergerichtlichen Vergleiche beruhende Recht auf Klagerücknahme geltend gemacht werden.

4. **RG.** 20. 5. 12, MSchutzuWettbew. **12** 178. Zur Begründung einer rechtzeitig erhobenen Nichtigkeitsklage können ältere Patentschriften auch dann noch verwertet werden, wenn die Frist des § 28 Abs. 3 PatP. bereits abgelaufen ist. Nirgends hat das Gericht den Rechtssatz aufgestellt, daß in einer solchen Nichtigkeitsklage mit Rücksicht auf jene Frist der Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung nicht in vollem Umfange berücksichtigt werden dürfe.

§ 29. **RG.** 4. 7. 14, PMZBl. **14** 321. Die Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 29 Abs. 2 PatG. setzt eine ordnungsmäßige rechtswirksame Mitteilung der Nichtigkeitsklage an die Patentinhaber voraus.

§ 30. PA. 4. 4. 13, VerbDPatAnw. **13** 67. Gegen den abgewiesenen Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes einer Nichtigkeitsentscheidung ist eine Beschwerde nicht zulässig.

§ 35. 1. **RG.** 22. 6. 12, PMZBl. **13** 122. Nur die *wissentliche*, *nicht* auch schon die *grob fahrlässige Beihilfe* zur Patentverletzung macht schadensersatzpflichtig.

2. **RG.** 7. 5. 13, ZIndR. **13** 211. Eine *einmalige Anweisung* an einen Beamten, unter Patentschutz stehendes Material im Betriebe zur Warenherstellung nicht zu verwenden, *befreit* den Geschäftsinhaber *nicht* von dem Vorwurfe *grober Fahrlässigkeit*, wenn er es an weiterer Kontrolle hat fehlen lassen.

3. **RG.** 17. 11. 13, MschutzuWettbew. **13** 486, JW. **14** 202. Berufung auf ein gerichtliches Urteil reicht *nicht* immer aus, die Annahme *grober Fahrlässigkeit* auszuschließen. — Zur Entschädigungspflicht einer Gesellschaft wegen Patentverletzung genügt das Verschulden *eines* Gesellschafters.

4. **RG.** 4. 4. 14, **84** 370. Das Gericht erörtert Verletzungsansprüche des Patentinhabers gegen den *Hersteller* in *einem* und den *Benutzer* in einem *anderen* Staate. Für die Rechtsbeziehungen zwischen den in verschiedenen Staaten auf denselben Gegenstand erteilten Patenten ist das Territorialitätsprinzip maßgebend. Dies gilt auch für die verlangte Anrechnung des vom Hersteller geleisteten Ersatzes auf den Schadensersatzanspruch gegen den Benutzer.

5. **RG.** 21. 5. 13, MschutzuWettbew. **13** 316, ZIndR. **13** 202. *Rechnungslegung.* Es ist nötig, daß die besonderen Eigenschaften der patentverletzenden Konstruktion in dem zur Rechnungslegung verurteilenden Ausspruche hervorgehoben werden, weil nur auf diese Weise eine volle Klarheit über den Umfang der gebotenen Rechnungslegung geschaffen und ein neuer Streit über den Umfang der notwendigen Rechnungslegung vermieden werden kann. Die Verpflichtung zur Rechnungslegung geht nur soweit, als festgestellt ist, daß eine verwendete Konstruktion in die patentierte eingreift, und erwiesen ist, daß die Verletzung wissentlich oder grob fahrlässig erfolgt ist.

§ 36. 1. **RG.** (Strafs.) 11. 1. 13, MschutzuWettbew. **12** 334. Die *Wissentlichkeit* wird nicht durch die irrige Annahme ausgeschlossen, das Patent sei wegen fehlender Neuheit zu Unrecht erteilt worden und könne daher straflos verletzt werden.

2. **RG.** 7. 2. 13, PMZBl. **13** 158, GewRschutz **13** 161, MschutzuWettbew. **12** 465. Unter Umständen ist der *vor* Begehung der wissentlichen Patentverletzung gestellte *Strafantrag* rechtswirksam.

§ 37. 1. **RG.** 7. 2. 13, PMZBl. **13** 158, GewRschutz **13** 161, MschutzuWettbew. **12** 465. Die Buße hat den Zweck, sowohl den erlittenen Vermögensschaden als auch die erlittene Kränkung und Unbill auszugleichen, darf also nur dann versagt werden, wenn nach beiderlei Richtung kein Anlaß für sie vorliegt. — Unter Umständen ist der schon *vor* Begehung der Tat gestellte Strafantrag rechtswirksam.

2. **RG.** (Strafs.) 5. 5. 14, PMZBl. **14** 259, ZIndR. **14** 215. Das Gericht erörtert die Voraussetzungen für die Zulassung des Lizenzträgers als Nebenkläger im Strafverfahren wegen Patentverletzung.

§ 40. 1. **RG.** (Strafs.) 15. 10. 12, **46** 262, PMZBl. **13** 124, ZIndR. **13** 219. In der Regel ist die Bezeichnung eines Gegenstandes als „*patentiert*" nur dann zulässig, wenn dieser Gegenstand dem unter Patentschutz stehenden Verfahren *unmittelbar* seine *Entstehung* verdankt, nicht schon dann, wenn bei seiner Herstellung ein patentiertes Verfahren irgendwie mitgewirkt hat.

2. **RG.** (Strafs.) 28. 6. 12, PMZBl. **13** 157. In dem Strafverfahren wegen Patentanmaßung nach § 40 Ziff. 2 PatG. kann sich ein angeblich Geschädigter nicht der öffentlichen Klage als *Nebenkläger* anschließen.

3. **RG.** (Strafs) 10. 2. 13, **46** 430, PMZBl. **13** 159. Der *einstweilige Schutz* auf Grund des *§ 23 Abs. 1 Satz 2 PatG. berechtigt* den

Patentsucher zu der Ankündigung „durch ein Patent nach Maßgabe des Patentgesetzes geschützt".

4. **RG.** (Straff.) 5. 12. 13, MschutzuWettbew. **13** 317. Es ist eine tatsächliche Feststellung, wenn die Strafkammer ihre Überzeugung ausspricht, der Angeklagte sei sich bewußt gewesen, daß er eine irreführende Bezeichnung angewandt habe.

5. VerbDPatAnw. **13** 28 (KG.). Die Unterlassungsklage auf Grund des § 40 PatG. ist schon dann zulässig, wenn nach dem Verhalten des Beklagten für den Kläger begründeter Anlaß zu der Befürchtung besteht, daß der Beklagte seine rechtswidrige Handlungsweise auch in Zukunft fortsetzen werde.

6. Rosenthal, Genügt für das Vergehen des § 40 PatG. Fahrlässigkeit des Täters?", ZIndR. **14** 260, führt aus, daß eine Bestrafung aus § 40 Wissentlichkeit des Täters zur Voraussetzung habe.

Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern.

§ 1. I. Gegenstand des Musterschutzes. 1. **RG.** 4. 11. 12, PMZBl. **13** 162. Auch das Gebrauchsmuster verlangt, wenn auch in geringerem Maße als das Patent, einen erfinderischen Überschuß über das Bekannte.

2. **RG.** 26. 11. 13, MschutzuWettbew. **13** 584. Ein Gebrauchsmuster ist schutzfähig, wenn für einen neuen Zweck ein neuer Gebrauchsgegenstand mit erfinderischem Geschicke geschaffen wird.

3. ZIndR. **14** 265 (KG.). Die Anforderungen an den Erfindungscharakter bei Gebrauchsmustern dürfen nicht zu niedrig gespannt werden; ein Gebrauchsmuster für einen Stock mit Reibfunkenfeuerzeug, dessen Feuerträger mit der Kappe des Stockes abnehmbar ist, ist nicht rechtsbeständig.

4. ZIndR. **13** 82 (Celle). Unterschied zwischen Geschmacksmuster und Gebrauchsmuster. Gestaltungen, die dem Schönheits- oder Illusionszwecke dienen, werden nicht dadurch, daß sie unter Umständen auch zur Erzielung eines Nutzeffekts verwandt werden können, zu Einrichtungen, die den Gebrauchszweck fördern.

5. **RG.** 14. 4. 13, ZIndR. **13** 190. Auch durch das Gebrauchsmuster wird der — in der Form verkörperte — Erfindungsgedanke, nicht eine bestimmte Formgebung, geschützt; die Auslegung eines Gebrauchsmusters erfolgt nicht nach wesentlich anderen Grundsätzen als die eines Patents. — Vgl. hierzu **RG.** 24. 9. 13, ZIndR. **14** 59.

6. PMZBl. **14** 202 (Celle). Eine neue Anordnung der Aufeinanderfolge der Maschinen einer Mühle ist nicht gebrauchsmusterschutzfähig.

7. ZIndR. **13** 194 (KG.). Reklameanordnungen sind nicht gebrauchsmusterschutzfähig.

8. **RG.** 4. 6. 13, MschutzuWettbew. **13** 317, ZIndR. **14** 21. Die Übertragung eines dem gleichen Zwecke dienenden Gedankens von einem Muster auf ein anderes gleicher Gattung ist kein erfinderisches Verdienst. Das Verdienst einer im Raume nicht in Erscheinung tretenden Anpassung begründet den Gebrauchsmusterschutz nicht.

9. **RG.** 17. 12. 13, MschutzuWettbew. **13** 318, ZIndR. **14** 178. Der Gebrauchsmusterschutz kann auch darin begründet sein, daß durch die neue Formgebung der Wirkungskreis eines bisher bekannten Gebrauchsgegenstandes erweitert wird.

10. LG. Berlin I, ZIndR. **14** 204. Die Verwendung eines bestimmten Materials zur Herstellung eines bestimmten Gegenstandes stellt dann keine des Gebrauchsmusterschutzes würdige Erfindung dar, wenn die Eigenschaften dieses Materials bekannt und für andere Gegenstände bereits ausgenutzt sind.

11. **RG.** 17. 1. 14, **84** 65, JW. **14** 404, R. **14** Nr. 676, PMZBl. **14** 141. Auch Halbfabrikate können Gegenstand des Gebrauchsmusterschutzes sein.

II. Neuheit. 1. Begriff der Neuheit. **RG.** 23. 4. 13, ZIndR. **13** 170. Ein nicht abgeschlossener, wieder aufgegebener Versuch ist keine Vorbenutzung; ohne Ausführung des erfundenen Gegenstandes kann eine Benutzung nicht stattfinden.

2. ZIndR. **14** 59 (Karlsruhe). Der Musterschutzinhaber, der eine einstweilige Verfügung erwirken will, muß die Neuheit und Eigentümlichkeit seines Musters glaubhaft machen.

III. Offenkundige Benutzung. 1. PMZBl. **14** 142 (München). Offenkundige Benutzung eines Modells im Sinne des § 1 Abs. 2 GebrMustG. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß an ihm nachträglich auf Grund der gewonnenen Erfahrungen noch einzelne Verbesserungen angebracht worden sind.

2. **RG.** 19. 9. 14, JW. **14** 1041. Vorbenutzung liegt auch dann vor, wenn der „technische Raumgedanke des Gebrauchsmusters" in äußerlich abweichender Form bekannt war.

IV. Verschiedenes. 1. Wassermann, GewRschutz **13** 7, erörtert die Frage der Teilung von Gebrauchsmusteranmeldungen.

2. Fischer, Entspricht das Gebrauchsmustergesetz einem Bedürfnisse der Industrie?, GewRschutz **14** 237, kommt zu dem Schlusse, daß das geltende Gebr. MustG. beseitigt werden müsse.

§ 2. 1. GewRschutz **13** 246 (Dresden). Wenn und insoweit der behauptete Erfindungsgedanke nicht gemäß § 2 Abs. 2 GebrMustG. offenbart ist, entsteht kein Gebrauchsmusterschutz.

2. Quade, GewRschutz **14** 235, erörtert die Priorität begründende Wirkung der Abbildungseinreichung im Gebrauchsmusterrecht.

§ 4. I. Schutzumfang. 1. **RG.** 13. 11. 12, PMZBl. **13** 136, JW. **13** 217. Für die Beurteilung des Schutzumfanges ist ein Schutzanspruch, der einer Gebrauchsmusteranmeldung beigefügt wird, in erster Linie maßgebend. Indessen muß ein solcher Anspruch, wenn er nicht in sich klar und zweifelsfrei ist, aus der Beschreibung und der beigefügten Zeichnung erklärt und, wenn er etwa zu weit gefaßt sein sollte, entsprechend eingeschränkt werden.

2. **RG.** 5. 3. 13, MschutzuWettbew. **13** 64, JW. **13** 600, erörtert die Bedeutung des einer Gebrauchsmusteranmeldung beigefügten Modells für die Auslegung des Gebrauchsmusters.

3. **RG.** (Strafs.) 22. 11. 12, **46** 335. Beim Gebrauchsmuster gilt der rechtliche Gesichtspunkt, daß, wenn sich das eingetragene Muster als die Grundform einer Gattung von Gebrauchsgegenständen darstellt, durch die Eintragung nicht nur diese Grundform geschützt ist, sondern auch alle innerhalb des Gattungsbegriffs liegenden Gestaltungen Schutz genießen. Deshalb kann die beizufügende Nach- oder Abbildung des Modells nicht unabhängig von dem Inhalte der Anmeldung Gegenstand und Schutzbereich des Musters abschließend begrenzen.

II. Begriff des Gebrauchens. **RG.** (Strafs.) 10. 2. 14, Mschutzu. Wettbew. **14** 26. Auch das Verleihen des geschützten Modells an einen Dritten zu gewerbsmäßiger Benutzung fällt unter den Begriff des „Gebrauchens".

III. Vorbenutzungsrecht. 1. **RG.** (Strafs.) 26. 4. 12, **46** 80. Auch gegenüber einem Gebrauchsmuster gibt es ein Vorbenutzungsrecht entsprechend dem Rechte aus § 5 PatG. Sachlich ist Voraussetzung für das Bestehen dieses Rechtes die Tatsache der Vorbenutzung. Da indes dem Angeklagten im Strafverfahren die Schuld nachgewiesen werden muß, so wirkt das Vorbenutzungsrecht nicht erst dann schuldbefreiend, wenn diese Tatsache nachgewiesen und festgestellt ist. Vielmehr

tritt die Wirkung schon ein, wenn auf Grund greifbarer Anhaltspunkte mit der Möglichkeit des Vorhandenseins dieses Schuldbefreiungsgrundes gerechnet werden muß.

2. **RG.** 12. 10. 12, **80** 206, MSchutzuWettbew. **12** 502, PMZBl. **13** 51, JW. **13** 105, ZIndR. **13** 116. Auch gegenüber dem Gebrauchsmusterrecht besteht ein Vorbenutzungsrecht im Sinne und mit der Wirkung des § 5 Abs. 1 PatG.

IV. Verschiedenes. 1. **RG.** 17. 2. 13, PMZBl. **13** 225, MSchutzuWettbew. **12** 466, JW. **13** 550, VerbDPatAnw. **13** 81. In der Herstellung von Teilen des geschützten Gebrauchsmusters im Inland und deren Lieferung ins Ausland kann eine Verletzung des § 4 GebrMustG. liegen, aber nur dann, wenn diese Teile objektiv, d. h. ohne daß sie einer wesentlichen Änderung zu unterziehen sind, nicht ebensogut auch für andere Zwecke als für die Zusammenstellung zu dem geschützten Modelle verwendbar sind. Der alleinige Umstand, daß die Teile wegen der ihnen gegebenen Maße geeignet sind, bei dem geschützten Modelle verwandt zu werden, und die Absicht, daß dies geschehen soll, reicht nicht aus, eine Inlandsverletzung des geschützten Modells zu begründen.

2. PMZBl. **13** 282 (Dresden). Bei leichtfertiger Beschuldigung einer Gebrauchsmusterverletzung besteht Schadensersatzpflicht.

3. **RG.** 17. 3. 13, PMZBl. **13** 310, MSchutzuWettbew. **12** 555. Berechnung des Streitwerts. Das Gericht erörtert die Grundsätze für die Berechnung des Streitwerts bei Verletzungsklage und Löschungswiderklage.

4. PMZBl. **14** 354 (München). Allgemeine Voraussetzung jeder Klage auf Unterlassung, auch der Klage aus dem Gebrauchsmusterschutzgesetz, ist die Gefahr einer Wiederholung des störenden Eingriffs. Beweispflichtig für das Vorliegen dieser Gefahr ist der Kläger. Für den Regelfall muß die Tatsache, daß eine Rechtsverletzung begangen worden ist, als ausreichender Grund für die Wiederholungsgefahr betrachtet werden.

§ 6. 1. **RG.** 15. 2. 13, PMZBl. **13** 247, MSchutzuWettbew. **13** 65. Die rechtskräftige Abweisung einer auf mangelnde Neuheit gestützten Löschungsklage begründet gegenüber einer neuen, von dem früheren Kläger angestrengten, auf bisher nicht berücksichtigte Vorveröffentlichungen gestützten Klage die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache.

2. PMZBl. **13** 329 (Dresden). Ein vertragsmäßiger Verzicht auf das Recht zur Erhebung der Löschungsklage aus § 6 GebrMustG. ist zulässig, soweit nicht etwa das ganze Verhalten der Beteiligten so sehr gegen die Interessen der Allgemeinheit verstößt, daß der Verzicht einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeutet.

3. PMZBl. **14** 50 (KG.). Auch nach dem Erlöschen eines Gebrauchsmusters kann im Wege der Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. die Feststellung verlangt werden, daß das erloschene Gebrauchsmuster nicht schutzfähig gewesen sei; zwischen dieser reinen Feststellungsklage und der Nichtigkeitsklage im Patentstreitverfahren besteht keine Ähnlichkeit.

4. **RG.** 17. 3. 13, LeipzZ. **13** 473. Bei der Löschungsklage bildet nicht das Interesse des Klägers, sondern der gemeine Wert des Gebrauchsmusters den Maßstab für die Bestimmung des Streitgegenstandes.

§ 7. **RG.** 14. 1. 14, PMZBl. **14** 175. Der Geschäftsherr kann nach den Grundsätzen von der Geschäftsführung ohne Auftrag von seinem Angestellten die Übertragung des von diesem vertragswidrig angemeldeten Gebrauchsmusters und Rechnungslegung verlangen.

§ 8. **RG.** 22. 10. 13, PMZBl. **14** 47, MSchutzuWettbew. **13** 193. Ein Lizenzvertrag über Gebrauchsmuster, durch den der Inhaber der Gebrauchsmuster dem Lizenznehmer ohne Zeitbeschränkung für einen örtlich begrenzten Bezirk das ausschließliche Recht zur Benutzung seiner Gebrauchsmuster gegen eine Pauschvergütung überlassen hat, ist weder als ein reiner Kauf- noch als ein reiner Pachtvertrag an-

zusehen, sondern als ein Vertrag eigener Art zu behandeln, dessen Rechtsregeln aus der Natur des Rechtsverhältnisses zu entwickeln sind. Ist zu schließen, daß sich das Benutzungsrecht des Lizenznehmers auf die ganze gesetzlich zulässige Dauer des Musterschutzes erstrecken soll, so ist der Inhaber verpflichtet, zur Vermeidung von Schadenshaftung nach Ablauf der ersten drei Schutzjahre die Verlängerung der Schutzfrist gemäß § 8 GebrMustG. herbeizuführen. — Hierzu vgl. Hagens, Der Gebrauchsmusterlizenzvertrag, GewRschutz **14** 241.

§ 10. RG. (Straff.) 10. 5. 12, **46** 92, (Straff.) 28. 10. 13, MschutzuWettbew. **13** 318. Es ist Sache des Strafrichters, im Falle einer angeblichen Musterverletzung zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 1 GebrMustG. für das angeblich verletzte Gebrauchsmuster vorliegen, d. h. ob das Muster zu Recht besteht.

Anhang.

Unionsvertrag.

Art. 4. 1. PA. 20. 9. 12, PMZBl. **13** 270. Eine Bestätigung des Patentamts des Ursprungsstaats, daß die Rechte aus der dort überreichten Anmeldung oder das hierauf erteilte Patent an die Person, die in Österreich die gleiche Erfindung zum Patent anmeldet, übertragen worden, ist kein „ordnungsmäßiger Nachweis der Rechtsnachfolge" (§ 5 VO. vom 30. Dezember 1908). Das Prioritätsrecht ist kein unselbständiges, nur mit der ursprünglichen Anmeldung übertragbares Zubehör, sondern besteht, wenn einmal entstanden, selbständig und unabhängig von ihr fort. Der Anmelder kann daher die Rechte aus dieser Anmeldung auch mit Ausschluß des Rechtes, die Erfindung unter Inanspruchnahme der Priorität in anderen Unionsstaaten anzumelden, übertragen.

2. **RG.** 9. 11. 12, PMZBl. **13** 275. Der Art. 4 des Pariser Unionsvertrags ist auch auf Erfindungen anzuwenden, die vor dem 1. Mai 1903 in einem Unionsstaate zum Patent angemeldet waren.

3. PA. 29. 1. 13, PMZBl. **13** 36. Für die deutsche Anmeldung einer Erfindung, die nicht in der provisional specification, sondern erst in der complete specification der britischen Anmeldung enthalten war, kann die Unionspriorität beansprucht werden.

4. PA. 18. 3. 13, ZIndR. **13** 147. Eine fristgerechte Hinterlegung im Sinne des § 4 Abs. 2 und 3 des Unionsvertrags ist auch dann anzuerkennen, wenn mit der Anmeldung nichts weiter mitgeteilt wird, als daß ein Patent beansprucht wird auf den Gegenstand dessen, was in einer ausländischen Patentschrift beschrieben ist, die sich in den Händen des Patentamts befindet. Es hat für die Unionspriorität keine rechtshemmende Bedeutung, daß die mit der ersten Eingabe dargebotene Beschreibung nicht zugleich auch formgerecht als ein in deutscher Sprache abgefaßtes Schriftstück eingereicht worden ist.

5. PA. 27. 6. 13, ZIndR. **13** 183, VerbDPatAnw. **13** 160. Ein Prioritätsrecht im Sinne der Pariser Konvention kann nicht nur von der zeitlich ersten, sondern von jeder beliebigen Unionsanmeldung abgeleitet werden.

6. PA. 10. 1. 14, PMZBl. **14** 10. Für eine deutsche Patentanmeldung kann die Priorität der Hinterlegung der Erfindung in einem anderen Unionsstaat beansprucht werden, wenn vor der Auslandsanmeldung die Erfindung bereits in Deutschland einmal angemeldet war, diese Anmeldung aber nicht zur Patenterteilung geführt hat.

7. PA. 25. 4. 14, PMZBl. **14** 219. Bei Inanspruchnahme der Priorität aus einer Unionsanmeldung genügt nicht bloß die Erklärung über das Land oder über die Zeit der Hinterlegung, vielmehr muß die Erklärung beide Punkte umfassen.

8. PA. 8. 6. 14, PMZBl. 14 221, MSchutzuWettbew. 14 31. Einem Angehörigen Kanadas steht ein Anspruch auf das durch Art. 4 UV. gewährte Prioritätsrecht nicht zu; in Kanada gilt weder der Unionsvertrag noch die Washingtoner Akte.

9. **RG.** 26. 10. 14, PMZBl. **14** 342, ZIndR. **14** 263. Einfluß des Kriegsausbruchs auf den Unionsvertrag. Wenn es auch richtig sein mag, daß die völkerrechtliche Verbindlichkeit des Abkommens den Staaten gegenüber, mit denen wir im Kriege sind, durch den Ausbruch des Krieges ohne weiteres aufhört, so tritt hierdurch noch nicht der Inhalt der Konvention, soweit er zum Bestandteil unseres bürgerlichen Rechtes geworden ist, bezüglich der Angehörigen der uns feindlichen Staaten außer Kraft. Die internationale Verbindlichkeit und die innerstaatliche Wirksamkeit sind nicht voneinander abhängig.

10. Werner, VerbDPatAnw. **14** 177, erörtert die Behandlung der Deutschen gehörenden Patente in Großbritannien.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b H., Berlin-Schöneberg.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W 9

Soeben erschienen:

Kriegsbuch.

Die Kriegsgesetze mit der amtlichen Begründung

und der

gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre.

Von

Dr. Georg Güthe, Geh. Justizrat und vortr. Rat im Justizministerium, und **Dr. Franz Schlegelberger,** Kammergerichtsrat.

Sonderband des Jahrbuchs des Deutschen Rechtes.

1915. Geheftet 19 M. Gebunden 22 M.

Aus dem Vorwort.

Der Weltkrieg, in dem Deutschland seit länger als 11 Monaten kämpft, hat nicht nur bewiesen, daß das in unseren tapferen Heeren verkörperte Gefüge der deutschen Volkskraft seinesgleichen sucht, sondern hat auch eine bewunderungswürdige Mobilmachung des deutschen Rechtes auf allen Gebieten zur Folge gehabt. In erster Reihe war den Kriegsteilnehmern Rechtsschutz zu gewähren, also namentlich denen, die für des Vaterlandes Größe draußen in Feindesland ihr Leben einsetzen. Sodann galt es, denjenigen unseres Volkes zu helfen, die unter der Umwälzung aller wirtschaftlichen Verhältnisse durch den Krieg zu leiden haben, und diese Aufgabe war um so schwerer, als Deutschland im stolzen Vertrauen auf die Kraft seines Wirtschaftslebens — im Gegensatz zu allen seinen Feinden — von der Einführung eines allgemeinen Moratoriums abgesehen hat. Des weiteren sah sich der Gesetzgeber genötigt, die großen Fragen der Volksernährung während des Krieges zu lösen. Dazu trat die Fortbildung des sozialen Rechtes, die Regelung des Geldmittelverkehrs und die Umstellung der Kreditverhältnisse auf den Kriegszustand. Endlich bedurften auch die rechtlichen Beziehungen zu dem Ausland einer Neugestaltung.

So ist aus der heiligen Not der Zeit ein Werk entstanden, dessen — trotz aller Mängel im einzelnen — Deutschland sich freuen darf. Aber nicht nur der Gesetzgeber hat sich den ihm gestellten schwierigen Aufgaben gewachsen gezeigt. Auch die zur Anwendung und wissenschaftlichen Durchdringung dieses neuen Rechtes Berufenen können stolz sein auf das von ihnen Geleistete.

Dieses von Deutschen für Deutsche geschaffene Kriegsrecht zusammenfassend und übersichtlich darzustellen, ist die Aufgabe des Kriegsbuchs. Das Werk bringt den Wortlaut sämtlicher Kriegsgesetze und Kriegsverordnungen des Bundesrats und des Reichskanzlers und ihre amtliche Begründung nebst den wesentlichsten Ausführungsbestimmungen, sowie den gesamten Stoff, der durch Rechtsprechung und Rechtslehre beigebracht ist.

Der Zweck des Kriegsbuchs ist ein dreifacher. Zunächst ist es, wie selbstverständlich, bestrebt, während des Krieges die Anwendung des Kriegsrechts und seine Fortbildung durch den Gesetzgeber und die Wissenschaft zu erleichtern. Aber auch für die Zeit des Friedens ist das Werk bestimmt. Denn mit dem Tage, an dem der Krieg sein Ende erreicht, wird das Kriegsrecht seine Geltung nicht verlieren; eine geraume Zeit wird es vielmehr dauern, bis die wirtschaftlichen Verhältnisse wieder so geordnet sind, daß das Friedensrecht seine unumschränkte Herrschaft beginnen kann. Und auch wenn diese Zeit gekommen sein wird, bedarf die Frage der Beantwortung, welche der neuen Gedanken des Kriegsrechts auch für das Friedensrecht Lebensberechtigung haben; zur Lösung dieser schwierigen Frage will gleichfalls das Kriegsbuch beitragen. Endlich soll das Werk zur dauernden Erinnerung dienen an die größte Zeit, die unser sturmerprobtes und sieggewohntes Vaterland je durchlebt hat, und an das, was das deutsche Recht in dieser Zeit und für sie geschaffen hat.

Ein von den Verfassern selbst gefertigtes sorgfältiges Wortverzeichnis wird den Gebrauch des Kriegsbuchs wesentlich erleichtern.

So wird das Kriegsbuch, das eine Ergänzung des Jahrbuchs des Deutschen Rechtes bildet, für alle Zivil- und Militärbehörden des Reichs sowie Preußens und der anderen Bundesstaaten, für Gemeinden, Banken, Sparkassen, Krankenkassen, Versicherungsanstalten, Landwirtschafts-, Handels- und Handwerkskammern, Wirtschafts- und Schutzverbände, für Juristen, Verwaltungsbeamte, Gemeindebeamte, Politiker, kurz für alle diejenigen von hohem Werte sein, die mit der Anwendung und Fortbildung des deutschen Kriegsrechts befaßt sind.

Übersicht über den Inhalt des Kriegsbuchs.

Kriegsrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit

von

Dr. Franz Schlegelberger,
Kammergerichtsrat.

Sonderabdruck aus „Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechtes" 59. Jahrgang.

1915. Geheftet 1,60 M.

Lieferungsverträge unter Einwirkung des Krieges.

Von

Dr. Arthur Starke,
Rechtsanwalt in Berlin.

1915. Geheftet 1 M.

Gesetz betreffend die Unterstützung von Familien in den Dienst eingetretener Mannschaften.

Vom 28. Februar 1888 in seiner Neufassung vom 4. August 1914
nebst den preußischen, bayrischen, württembergischen und badischen Ausführungsbestimmungen und den Bundesratsverordnungen betreffend Wochenhilfe während des Krieges.

Mit Erläuterungen von

Arthur Liebrecht, Magistratsrat in Berlin.

Zweite vermehrte Auflage.

1915. Gebunden 2 M.

Gesetz über die Kriegsleistungen
vom 13. Juni 1873

nebst den hierzu ergangenen reichsrechtlichen und preußischen Verordnungen und Erlassen.

Erläutert von

Arthur Liebrecht, Magistratsrat in Berlin.

1915. Gebunden 2,20 M.

Die Bundesratsverordnungen
über die
Regelung des Verkehrs mit Brotgetreide und Mehl.
Vom 25. Januar und 6. Februar 1915.
Erläutert von
Dr. Carl Heinrici,
Geh. Regierungsrat und vortr. Rat im Reichsjustizamt.
Nebst einer Einleitung und 4 Anhängen.
Zweiter Abdruck.
1915. Gebunden 3 M.

Kommentar
zur
Reichsversicherungsordnung
und ihrem Einführungsgesetz.
Vom 19. Juli 1911.
Von
Professor Dr. Stier-Somlo
in Cöln.
Erster Band.
Erstes Buch: Gemeinsame Vorschriften.
Zweites Buch: Krankenversicherung.
1915. Geheftet 26 M. Gebunden 29 M.

Aufrechnung in der Berufungsinstanz.
Von
Adolf Stölzel.
1915. Geheftet 2,80 M. Gebunden 3,50 M.

Jaeckels Kommentar
zum
Zwangsversteigerungsgesetz.

Fünfte Auflage,
bearbeitet und herausgegeben
von
Dr. Georg Güthe,
Geheimem Justizrat
und vortragendem Rat im Justizministerium.

1915. Geheftet 25 M. Gebunden 28 M.

Die vierte Auflage des Jaeckel-Güthe'schen Buches ist ebenso wie ihre Vorgängerin nach etwa zwei Jahren vollständig vergriffen gewesen. Seit längerer Zeit fehlte das Werk auf dem juristischen Büchermarkt. Wenn die neue Auflage trotzdem erst jüngst fertiggestellt worden ist, so hat dies darin seinen Grund, daß die durch den Weltkrieg geschaffenen Verhältnisse der Arbeit an einem juristischen Buche nicht zuträglich sind. Die Verzögerung ist aber auf der anderen Seite dem Buche von Nutzen geworden, denn sie hat es ermöglicht, dem Einflusse des Krieges auf die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung eine eingehende Darstellung zu widmen. Auch im übrigen ist das Werk nicht unerheblich vermehrt worden; einige Teile haben eine vollständige Umarbeitung erfahren.

Die Grundbuchordnung
für das Deutsche Reich
und die
preußischen Ausführungsbestimmungen.

Erläutert von
Dr. Georg Güthe,
Kammergerichtsrat (jetzt Geh. Justizrat u. vortr. Rat i. Justizministerium).

Dritte, durchgearbeitete Auflage.
1913. Zwei Bände. Geheftet 46 M. Gebunden 52 M.

Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts

von
Dr. Georg Güthe,
Geheimem Justizrat und vortragendem Rat im Justizministerium.
1914. Geheftet 3,50 M.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W 9.

